וזה · ספר לציב

משנת ר' אליעזר

אור כי יהל מה נכבד היום בהגלות נגלות · תשובות שאלות · כשמש ורהב הזהירו ברקיו ואש מתלקחת ·

אור הוא מראה במשפטי האורים ואת התומים · חושן המשפט על לבו פעולת צדיק מנהר עצמים · תורה דיליה · מעטרא ליה · פרחי שושנים והיא כפורחת ·

אור יקרות שם נהרות · לפקוח עינים עורות · זו משנת **רבי אליעזר** פעולת צדיק האדם הגדול בענקים · שמו נודע בשערים גר לרבות את הרחקים · הוא הקדוש מני"ר **הרב המופלא וכבוד ה' מלא רב תנא הוא כמהר"ר אליעזר די מולירו זלה"ה** זה ספר ספרא נה"ר כלו מחמדים מה מתוק מדבש אל לפתח ·

אור במושבותם · על ישראל ועל רבנן בחצריהם ובטירותם · ע"כ דבר המלוכה ומלאת דתלית בספקא כל הדבר הקשה עושה לו פותחת ·

אמן שנת בא סי' **אורי וישעי** לפ"ק

נדפס פה **שאלוניקי** יע"א

תחת ממשלת אדונינו המלך סולטן **עבדול** מג'יד יר"ה

בדפוס של הנ"ע נו"י כ"ר **סעדי** הלוי אשכנזי ה"יו

הקדמת המאורות הגדולים המה הגבורים החכמים השלמים
כוללי תהלות ישרא' הריינים המצויינים רבים ועצומים תלמידי
רבי רבינו הגדול המחבר זלה"ה עליהם יחיו כי"רא

בראש אמ'יר הלא קו"ל הרי"ש עושה לו כותרת · והיא כפורחת · את שבע **הנהרות**
אגב אסיפ"א דביתא · כלהו בחדא מחתא · דלתותיה ננעלות · מדברת **גדולות**

נהר יונק יסודם · ביום ברוא אלהים אדם · וכל הברי"ם אשר סביבות החל"ל · בלדורא קא עצי'
מעשה כלל ופרט וכלל · לא ינק ולא בלל · בגדול היהל וקטון כילה · כל באי עולם עוברי'
לפניו כבני מרון · איש לפי מהללו בדעת בהכמה ובכשרון · במספר הדורות לדור אחרון · הלכה זו
העלה כולי עלמא לא פליגי דברא משמע בראשי"ת ברא · בשביל התורה · חמדה גנוזה בי גזא דרחמנא
יושבת בקתדרא · אשרי מי שעמלו בתורה · טובי למאן דזכי והוי דרופתקא דאורייתא הזאת ויופי הוא
הדרה · טובה חכמה עם נחלה · למיימינים בה סמא דחיי ורפואות תעלה · וכמו השחר
עלה · לילה כיום יאי"ר · זהוי זהיי"ר · כלאת השמש בגבורתו המאור **הגדול**

נהר פרת שמימיו פרים ורבים · דאתחזק בתרי שמי תורה וגדולה שניהם כאחד טובים · העיר הזא'
שיאמרו ארץ אשר אבניה · כפתורים ופרחים · סנהדרין יושבין כחצי גורן עגולה · לשם
ולתהילה · נטיעות דומות לשרשים כאילה וכאלון · אשר המה מליני'ם בעומקא דדינא דומים למלאכי
השרת אילי וילון · דייני דגולה ודייני דא"י רבנן דפקיעי שמייהו אינהו ואבזרייהו שתורתם אומנות'
בקלריהם ובטירותם ויתבי בדרך במלון · כל הד לפום חיליה · כבוד ה' מלא · גדול מרבן ·
פום ממלל רברבן · לא הניח דבר קטון ודבר **גדול**

נהר יהרב ויבש ויסכרו כל מעיינות · אין קול ואין עונה קול ענו"ת · במלחמתה של תורה
לכל דבר המחלוקו' דפלוג רבנן ודתיהם שונות · תורה מונחת בקרן זוית ויסם באגנות ·
העיר הזאת שיאמרו כלילת יופי מוטו התמוטטה · לולא ה' הותיר לנו האי תנא דידן פום ממלל רברבן
גדול מרבן · לשם ולתהיל' · משיירי כנסת הגדו' · לילה כיום יעיר החשכה כאורה · דקרי ותני לית ליה
שיעורא · כמה הלכתא רברבתא · כלהו בחד' מחתא דינא רבה ודינא זוטא · כאשר ישאל איש ספקא
דדינא ונעלם דבר את מקורו בערה אגמר' בסימני והוא יתן מעדני · שואל ומשיב כהל' כל דבר הק'
בפדי כבשי · כי יתיב אחד כרעא אגב ריבעא · לא כל אדם זוכה כוותיה דמר וכטעמיה ·
הרב דומה · למלאך ה' א' מן השרפים · מן הרמתים צופים · משרי המלך השר **הגדול**

נהר יונקותיה שמימיו אנו שותים לו' כל העתים · תורה דיליה · יומי ולילי · נהירנא כד הוינא
זוטרי · גרסא דינקותא ספרא וספרי · שמעתא דדרדקי · רבת שבעה לה נפשנו מתורתו של רבי
מאיי"ר עינינ"ו · הודנו והדרינו · כמוהו לא היה לפניו · חסיד ועניו · הי"ן ל'ו ראינו ראיה · הפלא
עלה הגדיל תושיה שריבה וקבץ פעלים לתורה · מחוי' עטרה · עניד כל טלדקי · הרחיב גבולו
בתלמידים

הקדמה

בתלמידים . אחד באחד יגשו והיו לאחדים . כל חד לפום חיליה שינו אשר דברו אחריות גברו .
רוח הקדש הופיע בבית מדרשו . נר אלהיו על ראשו . כוהלי בית המדרש יוכיחו . והולכי על דרך שיחו .
מילתא דליכא לספוקי . מי שהלבור צריכין לו . ילא מוגיעון שלו . כרוב גודלו . איש פתח אהלו .
שאול ישאלו מאן יהיב לן מכות'בות וו

משנת ר' אליעזר הגדול

נהר לר היום הזה המרנה לרו'ח . מבכי נהרות . אשכלות מרורו' . דם ואש ותמרות . הכות
יומא דנא נפשיה במקום אשר יאמר ימי משתה ושמחה ומשלוח מנות . שמהם נהפכה לתוגה
הנה והי וקינות . על מהל'ת לענו'ת . ערבה כל שמחה . כל העם מקלה מבקשים את רבי אנה פנה .
מופת הדור תני תנא . חרשים ושופטים ואבני נזר . הוא דמש'ק אליעזר . סדולה ומשקה מחזרת רבו .
חכמת אלהים בקרבו . עודינו באבו . לפני מלכים . יתילב הנשר הגדול תנא דבי אליה'ו עני'ו מאל
ויחכם מכל האדם דכריך ותני הלכתא ררברבתא כל הדבר הקשה נהדי כבשי פתח לה פתחא . כל המרבה
לספר בשבחו . מגרעות נתן הורע כחו . דשכיחי סיירות . שבח המגיע אמרו'ת טהורות . היינו שכותה
על דא ודאי לן יאות למבכה לניאות למספד וכל בית ישר' נפש היפה . יבכו את השריפה .
וילכו אחרי הא'ל ויאב'לו אבל **גדול**

נהר פלגיו ישמחו ולדקי' ילמחו . פרחי שושנים . נטעי נעמנים . אלו בבנים . הכרת פניהם .
אוהזין מעשה אבותיהם . במוט'ב אלתא באלתא מה טוב ומה נעים שבת
אחים . הראשון אדם דרחים ומוקיר רבנן . נטע נעמן . **מנחם** שמו . מתהלך בתומו . סיורל
ע"פ מדותי'ו מדות טובות והיו לאחדים . חכו ממתקים וכלו מחמדים . מגדלות מרקחים
ותרי מינייהו דרבנן כל חד לפום חיליה נושא משך הזרע אשר ברך להם אביהם הני ברכ'י
דרבנן . לאחד קראתי נועם בן פורת **יוסף** יפה פרי תאר וית רענן . שנפשו חשקה
ויולא נולי'ם מסל"ע לאדכוס'י הדר'א ספרא דבי רב ספרא נס'ר אנהירינהו
לעיינין בשבח המגי'ה . האי כ"ת דנבט נבט דמי לפרלידא דתותי קלא . מאל נעלם . **חיים** על
העולם . ובריא אולם . כמה יגיעות יגע יוס'ף עיניג"ו . יקי'ר יקירינ'ו הנה שכרו אתו .
והיתה פעולתו . נכסיו מוללחים . ושני בקדש ברוך מבנים . בן זקונים . דמהדרן שמעתתיה . כולהו
תנויי כמאן דתנה בכיסתיה . בא לישראל **סימן טוב** . אור כי יהל . משים לילות כימים . יהא
רעות יאריך ימים . מושבע ועומד כל הותמי ברכות . בשובע שמחות . שבע **גדול**

נהר יסובבני המי' הזדונים . גוי עז פנים . בגלות החיל הזה . עם בני ישראל דל ורש . כל היום
דוה . לרבת המכוה . יגורו עלי עזים . עמלק יושב במשכנות מבטחים . ששים ושמחים .
האוכלי' למעדנים . דשני' ורעננים . איש תחת גפנו . שהשמחה במעונו . וישראל בזויים , במשואת מניה
דמר ראש ה' והביטה ז"ל לאידך גיסא . עמך ישראל צריכין פרנסה . גרם האמה הזאת ושיא שפחה
נהרכת ותהי להרפות . שוב נא הבט ופקוד גפנאתא כלך אכל יפות . היהודי' ספרדים . מפני שעיניהם
של עניים נשואות שלא נא הבט עמך ונחלתך וראה כי עמך הגוי **הגדול**

הכ"ד אנחנו לעירי הלאן תלמיד דבי רב ז"ל הבאים ע"הח פה קושטא
יע"א בחדש תמוז מש' **יתקע בשופר גדול** לפ"ק ברוב עז ושלום

יצחק אקשוטי הי"ו

רפאל יעקב הלוי הי"ו

יוסף אלפאנדארי הי"ו

הקדמת החכמים השלמים כוללי תהלות ישראל האחים

המבורכים בני הרב המחבר זלה"ה ה' עליהם יחיו אכי"ר

בני בריא'ה, הארץ ומלואה, וכל דיירי ארעא, כאשר ישר בעיני היוצר עמד ושאלה שאולי'
בנית ה' מן העולם ועד העולם, ימים יוצרו ואמה מידך נגזרו. על ישראל ועל רבנן,
בתרי מנן, במגילת ספר כתוב מכחנן מליהו, להדי קנ"ה בפלפולייהו הנחמדים מזהב ע"כ שכיות,
חסרי מי בעמלו בתורה, עולה מן המדבר זכה וברה, בארץ ערבה ושוחה רוביבה באפריון, ושם הביון
כל ההוגה בהם טועם טעם בשר ורמש כאן עבויות, באמת אמרו הרוצה ליהנות יהנה, מינו דזכי
לנכסיה זכי לאחריני, אורך ימים איכא בנים כשני, וכות תורה יכולה היא שתגן, אלף המג"ן, מפח
יקום מדבר, הסור והסבר ממעונות אריות, כל מן דין וכל מן דין זכה ויכה, הלא אב אחד לכלנו
מילתא בכוס מלכא, עטרת ראשינו, לכיף תפארתינו, דכריך ותני כלהו תנויי, מקלוע גדול הויות
דאביי, כי הנה הסתיו יומא דסתוא דתני ספרא דבי

רב

בני שם טוב שם משמן טוב, דין אבא למלכא נחמד למראה וטוב, אבינו רוענו, שר ואור עינינו,
רב תנא מנן ולינה, כי ארבעים שנה, דן ידין עמו דינא רבה ודינא, מאז הבקר ועד מעלי
שמשא, לא מסגי רישא, במספר הימי'ם בבם ירחים, אחד באחד יגשו עשיר ואביון דולי ובוטי, לא
פנה אל רהבי'ם ושטי, בחדא מחתא מחתינהו כל אלה שבטי, להושיע משופטי, ימטר על רשעי'פחים,
ממזרח שמש ועד מבואו אתחזק בתרי שמי, חכם לבב ואמיץ כח מכריע הוא את כלם אם יהיו כל חכמי,
ומלבשתו ענוה, חכמת אלהים בקרבו תוכו רצוף אהבה, ויהי בונ'ה עיר מגיס שלום בשלוא, ראיתי
בני עליה, עליות מרווחים, בני עניים שמהם תצא תורה, מברך בהו ועסיק משום יגדיל תורה, והמה
בוכים פתח האהל אל הלקח ממנו ארון האלהים מאיר לארץ ולדרים, לשדי ויבר'א אפי' בחדרי
סדרים, פנה זיוה פנה הדרה ונפל ממנו

רב

בני יקט'ן אנן בדידן אלו הבנים יוצאי ירך אבי התעודה נודע בשערים בארץ בראש, במוט'ב
הלחא כחדא אחד באחד יגשו והיו לאחדים, ולקח את ב'הבעי'רים על החו'ועלנמילו'חס־י'
שבשפלנו זכר לנו אל ה' ויאר לנו או'ר הו'א מרא'ש, נהרינן כל הוינן עליא, הלא אב אחד חד מן
קמיא, יהיב דעתיה עלן ותורה דיליה, יומי ולילי, יום ליום יביע, בזמירו'נריע, גדו'המצוה כל
העתא והעתא, גמ' גמור ומורתא, חלייתינהו להני כללי, כלהו תהילי, תו'ר בהמצוה בתור'ת ותיבתה
ליה, ע"כ קוץ וקוץ עטרה בראש, גם לרבות אחינו בשרינו אחי יפ'ת הגדול יצא

מנחם לעבודת המלך מתחסד עם קונו ואביו אהבו, כל העם עונים אחריו מקודם מדע'קונו יש בו,
וענו ואמרו, באמת אמרו, אבא מוכה ברא, בעלמא די נרא, נושא משך הזרע

רב ור'ע

בני פרץ הלא כל הארץ, נעל גדר ופרץ, מאולתני גנעלין לא משתבש, ההוא יומא דנח נפשיה
דרבי ננעלו מעיינות החכמה, אין יוצא ואין בא במלחמתה של תורה והיה הצלמ'ה, כ'ן
כל דבר נעלם דבר קטון ודבר גדול, והחונים עליו בני חבורה, דייני גולה ושבי דסורא, מהדרין
מן המהדרי"ן, למאן דעת מאימתי קורין, אלו מן ההלכות, חק תוכו'וחק ירוכות, יביעו ידברו, וענו
ואמרו וי לן דחסרא ארעא גברא רבה, דגול מרבבה, עוקר הרים, ראש המדברים, לפניו ילך ד'בר,
הסו"ד

הקדמה

המוד והמביר · קן גלי דייה · מליץ דתליה בסגר לפלים לתוציה · מפלוע גדול · ואחיה בקי"
חכן מה נונה בהייבו · אם נהרוס נפלם שלהבת רבון דעקייתי המייבו · כ"ס וקי"ו אלו הבנים דלהתפוך
כדעייבו · ין יהות למנכי גלב נשבר ונדכה · כל רוחש מוקדה נגוע ומוכה · במקום אשר יאמר יש לנו
אב זקן עבודת המלחת · עטרה נראש כל אדם גולת הכותרת · כל נחר אימכה יתומים היינו ואין אב
קל מן המיה נכל באר"ש גוד"ה · הבר המנכת והרש מעמדם · תורה מונחת בקרן זוית בלוע השדה
והמעמדים · שכינה למעלה מראשותיו · ועל סביבותיו · וכך היא תמידה בסבכך משמור עליך מי אתה
הר הגדול · אנו לחנהג · בארזעדבה ועוה' · חייב אדם לברך על הרעה · ואחיה קריע"ם
קריע"ה · אחימו ליה ואחים · ואלו קורעין ואין מתאחין תלמיד על

הרב

בני דיבוק דבנים ורעננים · זה ינרמנו נתמלאה הבית כלו אורה מרוב הוני"ם ·
מאלות ומזוזות · כווית מהוטבות · חכמה הרכתקי דעדו עליה ידים עסקניות · גופי' הון עתק
דעוגי"ו עלי גליד הלכו עם אוניות · וירד מים עד הים נשבר את הזוויות · שואל ומשיב כענין · ע"כ
דבר כבע ומגודה דבר שבמנין · הין כל יקר ראתה עינינו כל כתבי הקד' עליו בחתומיו לבני תפארתנו ·
סרואה הומר ברקאי ·
נאמר למרבה ע"כ שכיות · זו **משנת רבי אליעזר** הגדו'קב ונקי · ובחבו'רתו נרפא ב"ד של אות' רב נבו'רתי
בעה נקי · ווהי סיב"ה מושב שבת
רב ה'ול **יוסף** טוביינא דהכיתי · שנפשו חשקה ויואיל נואל"ס להדפוס'י הדר"ת המאיר לאר' לילי · אמרנו גבא העיי"ר האחד עינינו חד מנך
ויומי · כל הנותן בעיניכם ובסבר כנים יפות · תקלין הדתין וכסף תועפו' · כל פרוטה ופרוט'
מלברפ' מקוטרת מר ולבונה מעולפת · וער"ב לו מערי תשו' · רלוף אהבה · עירו"ב פרסיו"ת ·
הכם קלהו תרא' עולה מן המדב"ר · תורת המנהגים מאי עמא דבר אם קבלה נקבל מאת

הרב **בני** נומ"ר · יביע אומר · בשבח המגי"ה · האי לי"ת למחדלן שמעתתיה אשר דבר המלך ודתו
מגיה · כותלי בית המדרש ה"ן מביאין ראיה · כאן ננולא וכאן היה · **חיים** מדבר ·
עוקר הרים ומשבר · ועס'ק את אמת'ו כל אמת אמת תכסיה · דפליג ליה רביה
עבה דכבוד תורה · אמתא דרביה פחד **יצחק** אחרי שנתחברה · והיתה עמו דורשה'ות גיבה יקר' יוא
בנאה · הלל השוא שבהן שנייהם לדבר מלוה נתכוונו · מקדש ה' כוננו · חיבת רבי פ"ו
הקדש מכשירתן · לקרוא לדת'ן · אמרות טהורות הנחמדים מזהב ומפז

רב **בני** בלי"ע בגלות החיל הזה חיים בלעונו · והשקה את מי המרים רבת שבענו · אשכלות
מרורות · אלה אלופי שרי אלפים ושרי עשרות · אנא ה' הושיעה נא שלח נא ליר
אמונים · זקן ונשו' פני' · ושבו בנים · בשעריך ירושלים קרית מלך

רב

הכ"ד אנהנו הבאים
בהדש תמוז מש' **בשר'תי לדק בקהל רב**

עפ"ח בני הרב המחבר זלה"ה פה קושטא יע"א
לפ"ק ברוב עז ושלום

יוסף די טולידו
נר"ו

סימן טוב די טולידו
נר"ו

בס"ד משנת ר' אליעזר ח"מ סימן א

השתא הכא שנת התר"ה בא מעשה לידי בראובן ושמעון שהיו שותפים במוחזק' א' ומשכנו אותו כנהוג במשכנתא בשכירות לאלמנה אחת על יד מוכר אמצעי בסך ב' אלפים גרוש' דנטלו מידה לזמן מה ואחר זמן מת שמעון ובאה האלמנה לדרוש זמן בנין הקו"ש והבעה את ראובן מכח שטרא דבידה דכתיב ביה דנעשו קבלנים גמורים כו' ושמעון הניח יתומים קטנים ואין כתוב בשטר המשכנתא נאמנות לגבי יתומים קטנים לדעת הרב מהרא"נ ז"ל וראובן טען נגד האלמנה דש' בהיו נטל וקבל מידו כל הסך הנו' מהמוקדמים הנו' כדי לפרוע לבעלת המוקד' הנ"ל וזה לך האות דכבר מסר בידו הטימיסז'ק של המולק'י הנו' דהיתה בתורת משכון והאלמנה טוענ' דהבל יפלה פיהו דלעולם לא מסרו בידה שום טימיסו'ק לא בשעת המשכנתא ולא אח"ך וא"כ מאחר דאתה קבלן על המוקדמים הנו' תן לי כל הסך הב' אלפים גר"וש בשלמות אחר הנכיתא ולכאו' יש לעמוד אי שמי בידן להייב לראובן כל הכך המוקדמים ואפי' חלק היתומים כיון דילא קבלן בעד חלקו של שמעון או שמא כיון דהמלוה אינו יכול להוציא מעותיו שהם חלק היתומים מכח דהמתון הנה הוא תחת יד היתומים קטנים

והנה כבר ידוע ס' הרמב"ן ודעימיה דאף בקבלן לא מפקי' מיניה יעויין בטור ח"מ סי' קי"ו סע"ו דהביא שלשה סברות בענין זה וכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא מצי ר' למימר קים לי כהרמב"ן ושיעתיה דאין נפרעין וכמ"ש האחרונים יעויין שם להרב כנ"הג ובמט"ש שם הג"הט אות כ"ה ובה"ג להרב ז"ל בקונט' מירא דכיא סי' א' וכמו שרמז הרב ז"ל והגם דהרב מהר"א ישראל בס' בית אברהם בסי' זה סע"ו כתב דבקבלן גובין ממנו אנן לא ליינינן כן

אלא דלכאורה איכא לפלוגי ולומר דכל זה הוא דמצי פטר נפשיה הקבלן בטענ' קי"ל הוא לוקא במלוה האמנם בגוונא דנ"ד דהיא משכנתא והיא מושכרת לבעלת המוקדמים א"כ איכא למימר דהשוכר הוא המוחזק ולא המשכיר וכמו שנבאר

והנה יש לעמוד לכאורה בהני שטרי משכנתות דילן דהנה הנם שכירות מוקדם כידוע אי בא בטענה המשכיר וטען נגד השוכר החזרתי לך מעות המוקדמים על פי דרישת הקו"ש דנתחייבתי לך לבנות בא"ש לא אבנה לתת לך המעות אחר הנכיתא מהעבור והלה מכחישו דלא החזיר כלום למי מהימנינן ליה אי דמיא הא מילתא למימרא דרב כהנא סז"פ המו"ל דק"ג ע"א דלחד פירושא דסוגין הוא דהמשכיר נאמן בטענתו דכבר נשלמו השנים לפי הס' המוקדמי' למסרת בידי בעידן השכירות וכמו שפסק כן הרמב"ם פ"ז מה' שכירות דין ד' וז"ל השוכר אומר דעדין לא והמש' טוען שכבר נשלמו שני השכירות ישבע המש' כו' ע"כ הרי לכאורה דאיכא למילף מהאי סוג' דהיכא דאיכא הכחשה והבדל בין שניהם המשכיר והשוכר אי שתי בידיה של השוכר לדור עוד בבית באומרו דעדין נשאר אצלי זכות בגו ביתא או לא המשכיר נאמן בטענתו ומינה בהני שטרי דילן של משכנתות מצי טעין המשכיר כבר דרשת ושאלת ממני בנין הקוש'קי והוכרחתי לשלם לך מעות המוקדמים אחרי הנכות שכירות השנים שלרת

איברא דאפשר לגלל ולומר דאין ראיה מסוג' הלזו להני שטרי דילן דהתם בסוג' שאני דטענתיה של המשכיר הוא דלא השכרתי לך אלא ליו"ל שנים דוקא ולא עוד וכבר עברו השנים ואין לך עוד זכיה לדור עוד דנמצא דהכחשה וההפרש נופל בעיקר השכירו' דהוא בעיקר הדירה אםנשאר לו עו' זכות לדור בהאי ביתא דעדין לא עברו השנים או כבר נשלמו והשנים הבאים אחרי כן לא נכנסו בכלל השכירות אשר מטעם זה כביר מלאה ידו של המשכיר להוציאו מן הבית האמנם היכא דאין הכחשה בין השוכר והמשכיר בעיקר הדירה דכבר מ"דה ובא המשכיר דעדין לא נשלם זמן השנים שקלבו ביניהם בעידן השכירות למחלה לשליש ולרביע אלא דבא בטענ' המשכיר דכבר דרשת ממני החיוב דנתחייבתי לך בשעת המשכנתא בא"ש לא אבנה לתת לך מעות המוקדמי' שנטלתי וה"ל כמי שטוען חזרתי ולקחתי ממך ובאנו למ"ש הרשב"א ה"ב סי' קפ"ח והיא בא"ה ונסיתה בהני ספרי ידי רב וז"ל אילו היה כאן מכר אלא דהתנו כו' דכל זמן דיחזיר לו המעות שנתן לו דיחזיר לו הקרקע ולאחר זמן נפל הכחשה ביניהם דזה אומר החזרתי המעות וזה אומר לא החזרת לא אמרי' בכה"ג ארעא כיון דלהזר' קיימא להחזר לו הקרקע ווזי אייתי ראיה כו' דהכא לא קיימא לחזרה דשמא לא יתרצה להחזיר לו המעו' וליקח הקרקע כו' עכ"ד הנה לפום ריהטא ילפינן מלדרי הרשב"א דכל היכא דקניינו של הבית ברור הוא לפנינו ואין כאן שום ס' ביניהם אלא דנפל הכחשה ביניהם אי היה חזרת מעות ומחויב להחזי' לו הקרק' או שמא דלא היה כאן חזרת מעו' ועדין הקרקע ברשותי' קאי דינא הוא דאין בעל הקרקע נאמן לומר החזרתי לך המעות וא"כ מינה בנ"ד לא מהימנינן להמשכיר להחזיר לו מעות המוק' ע"פ דרישת הקוש'קי

וכי תימא דילמא ע"כ לא אמרה הרשב"א אלא דוקא גבי מכר יען דכבר נתרוקן זכותו לגמרי של בעלים הראשונים לגמרי אלא דאח"ך נפל הכחש' בין

בין

בין המוכר והלוקח אי הדר את המעות וע"י זה חזר הקרקע לרשותו של מוכר או שמא לא חזר הדמים ונשאר הקרקע ברשותיה של הלוקח כאשר היתה באמנה עד עתה וליכא הקנאה כלל דהש' הוא בעיקר הקניה עצמה לא כן בהני שטרי דידן של משכנתות דהוא שכירות דלעולם אינו קנוי לשוכר גופו של הקרקע אלא שימוש בלבד אשר מטעם זה פסק הרמב"ם ז"ל פ"ו משכירות ודיתרן שמיכין עלוהי דהזבל ומציאה דאתי לחצר המשכיר זוכה בו ולא השוכר משום דלא נתרוקן זכותו של המשכיר דלפי האמת נשאר לו זכות בבית, ומה שאמרו שכירות ליומי' ממכר הוא היינו דוקא קנין הפירות והשימוש וכמ"ש הר"ן הביא דבריו הרב הנמק"י פ' הזהב גבי שכירות אי יש בו אונאה וז"ל והא דאמרינן דשכירות ליומיה ממכר הוא היינו לענין שישתמש בו כל ימי שכירותו אבל גוף הדבר אינו קנוי לו להשוכר ומשו"ה אסרינן להשכיר בית דירה לגוי דכיון דגופו של בית הוא למשכיר שפיר קרינא ביה ולא תביא תועבה אל ביתך כו' הרנב"ר ז"ל ע"כ וכה"ג כתב הריב"ש סי' שנ"ה וז"ל דמ"מ גוף הבית של המשכיר הוא וכדאמרינן בע"ז דקרינן במשכיר ולא תביא כו' ואע"ג דלגבי אונא' כו' מ"מ גוף הבית של המשכיר הוא ואין לשוכר אלא אכילת פירות עד זמן השכירות כו' יע"ש ועיין להש"ך ח"מ סי' שי"ג שהביא לדברי הרב הנמק"י והריב"ש יע"ש וכך הם דברי הרא"ש בתשו' הביא לדבריו הר' עדות ביעקב סי' ע"ה דכי אסיק בע"ז היינו לענין דאינו קרוי ביתו של שוכר אבל מ"מ קני בה לאשתמושי ביה כל ימי שכירותו יע"ש וכן הוא מבואר בהרמב"ם בכ"ג מה' מכירה הל' א וז"ל מקנה אדם גוף לפירות כו' הא למה זה דומה לשוכר בית או שדה לחבירו שלא הקנה לו הגוף אלא הנאת הגוף יע"ש גם הריטב"א בחי' למציא' פ' הזהב דנ"ו ע"ב כתב וז"ל והא דאמרי' בע"ז דשכירות לא קניא התם לא אמרינן אלא שהבית אינו קרוי של שוכר אלא של משכיר אבל מ"מ קניא להשתמש עד כאן והביא לדבריו הר' בא"ו שם יע"ש וכ"כ הריטב"א ז"ל בחי' לפ"ק דע"ז דנ"ו דלעולם קנויה לשוכר להשתמש בה כאילו היא שלו אבל מ"מ לא הויא דידיה דשוכר וכן כתב מהריק"ו שורש קי"ח דקכ"ו ע"ב דטעמא דדינא דחודש העיבור הוא למ"ש הוא משום דכיון דגוף הקרקע הוא למ"ש אע"ג דהדיר' הוא לשון יפה כח המשכיר מכח השוכר יע"ש

וראיתי להר' לח"מ פ"ו מהל' שכירו' לתירץ לקושית מרן ב"י ז"ל בסימן שי"ג דתמה על הרמב"ם דלק"מ מאחר דלדבר השמיענו הרב הנמק"י ז"ל דקנינו של שוכר אינו אלא לשימוש אבל גוף הקרקע הוא למשכיר שפיר כתב הרמב"ם דהזבל הוא של משכיר יע"ש והרואה יראה דלא היה צריך הרב להביא ממוכות לפסקו של הרמב"ם מהאי דהשמיענו הרב הנמק"י והריב"ש דגוף הבית הוא של משכיר דהא הרמב"ם גופיה אסברא לן דס"ל הכי בפכ"ג דמכיר' וכאמור גם ראיתי להרב מח"א ה' שכירות סי' ט' דהשיג על תשו' הריב"ש דסי' חק"י דמאחר דאין לשוכר קנין בבית אלא לפירות למסתלק בדיבור יע"ש

באופן דמלינו דרב המרחק בין מכר לשכירו' דהלוקח יש לו קנין בגופו של בית ונתרוקן לגמרי וכוחו של מוכר לא כן בדבר השכור לא נתרוקן וכוחו של המשכיר אשר מהאי טעמא פשיט ליה להרמב"ם דהזבל הוא של המשכיר והגם דאיכא פלוגתא בין גדולי האחרונים ז"ל דעכ"פ לא אמר' הרמב"ם אלא בחצר אבל בשכירות בית מודה הרמב"ם ז"ל דזוכה השוכר ועכ"פ חילוק זה יש ליישב הני תרי פסקי של מרן ז"ל בש"ע דבסי' שי"ג פסק בפשיטות כפסקו של הרמב"ם ואילו בסי' ר"ס סע"ד פסק תשו' הרא"ש יעוין להר' מהר"א מאטאלון הביא דבריו הרב כנה"ג סימן שי"ג ויש לדקדק על הרב הכנה"ג מאחר דכבר רימז לן האי חילוקא מאי קא מתמה על מרן ז"ל ובסי' ר"ס הגה"ט אות ד' לא הזכיר דברי הסמ"ע וע' להר' ש"ך סי' ר"ס ס"ק י"ג שחלק על מהר"א מאטאלון ז"ל יעו"ש גם ראיתי להר' מח"א הל' קנין חצר סי' ג' דט"ו ע"ב דפשיט ליה הכי דאין חילוק לדעת הרמב"ם ז"ל בין בית לחצר ודלא כהר' מהר"א מאטאלון ז"ל

ואם יחשוך אדם לומר דהרי מתברר לכאורה מדברי הרמב"ם האמורים למעלה דפשיט ליה דבין בית בין חצר אין לשוכר אלא קנין הגוף לפירות וא"כ כי היכי דבחצר לא נתרוקן וכותו של משכיר לענין מציאה הבא לחצר דהא לא הקנה לשוכר אלא פירו' מינה נמי דינו של הרמב"ם איתיה בבית

הא לא תכרעא דטעמא של כת הסוברים דמודה הרמב"ם בבית דהוי של שוכר אינו משום דיש לו לשוכר בבית קנין הגוף דאית ליה עדיפותא יתירתא כדי שנאמר הלא כבר אסברי' לן הרמב"ם דל"ש בית ול"ש חצר אין לו להשוכר אלא קנין הגוף לפירות דוקא ודאי לא אפשר לומר דמקרא מלא דיבר הכתוב ולא תביא כו' אל ביתך דמוזהר המש' שלא להשכיר' לגוי דאכתי ברשותיה קיימא אלא טעמא של כת הסוברים דבבית מודה הרמב"ם דהוי לשוכר היינו דדוקא בחצר דעשוי למדרך כף רגל ושאר תשמישים השייכים לחצר או אמרינן דשייר לעצמו המשכיר קצת זכות של מציאה והפקר הבאים לתוך חצירו לא כן גבי בית דעשוי לדירה או אין דרכו של משכיר לשייר לעצמו שום זכות בהקנאת הבית לשוכר לשימוש אבל לעולם אין קנין לשוכר בבית אלא גוף לפירות ומש"כ הר' מהר"א מאטאלון אבל בבית שעיקר תשמישו בה הקנה לו לגמרי וביתו זוכה לו כו' אין הכוונה דנתרוקן של משכיר אף הגוף אלא לענין זה קאמר דלגמרי הקנה לו קנין הפירות ולא שייר לעצמו מידי

וראיתי להרב מהר"י נאב'ארו בס' לב מבין הל' שכירות דקע"א דתמה על דברי הר' מהר"א מאטאלון דאיך אפשר דס"ל להרמב"ם דבבית נתרוקן וכותו של משכיר והלא מפורש יוצא מהא דפכ"ג מהל' מכירה להיפך יעו"ש ולפי מ"ש

מ"מ אין כן כוונתו של מהר"ש מטאלון וכבר ראיתי להר' הגו' דעמד ע"ד הר' הכנה"ג יע"ש וכמ"ש באופן דכפי מה שכתבתי הגם דאיכא כת מהסוברי' דבבית מודה הרמב"ם מ"מ אינו מטעם דנתרוקן רשותו של משכיר אף לגבי הגוף וכאמור וא"כ חזרנו למש"כ דאיכא לפלוגי בין שכירות למכר וא"כ אין ראיה מתשו' הרשב"א דלעיל דסי' קפ"א

איברא דלכד ראיתי למילתא הדנא דנ"ל כבר נפתח בגדולים אשלי רברבי דהנה הרב מוהרשד"ם ח"מ סי' רל"ג נשאל כעין נ"ד דבא המשכיר בטענה דכבר החזיר קצת מעות המוקדמים דנטל מיד השו' וכבר נשלמו השנים של זמן השכירות והאפוטרופוס של יתמי השוכר טוען דלא החזיר וזה הלכ' העלה הרב ז"ל כבר דשמי בידיה של משכיר להוור מעות המוק' א"כ בכל ספק הבא לפנינו נאמן המש' לטעון דכבר החזיר ומפיק לשוכר מן הבית דקרקע בחזקת כו' ותלי זיוניה הרב ז"ל בהאי סוג' דסו"פ השואל הנ"ל ולא ירד הרב ז"ל דאיכא לפלוגי כמו שכלדנו אנן בעניותין דרב המרחק וכאמור ובא רעהו הרב מהר"י אדרבי שם ובתשו' סי' שכ"ו ושכ"ח וחלק על הרב ודחה דבריו דבכה"ג לא אמרינן קרקע בחזקת כו' מאחר דאין השו' בזמן הנמשך כו' דגם המש' אולי ומודה ליתמי השוכר הנו' דכבר זכה אביהם בזמן השכי' של קמ"א חדשים שלמים אלא דבא בטענה דהורו המעות וקנו ממנו המ"א חדשים דנמצא דהש' אתייליד בקנית המ"א חדשים וכיון דהש' הוא בקניה עצמה באופן דהאי חילוקא באיכא לפלוגי בין נדון דידן לסוג' דהשואל במחלוקת הוא שנוי דלדעת מהרשד"ם לא ולא אחת היא והמשכיר נאמן במאי דטוען החזרתי כו' ולדעת מהר"י ז"ל השוכר נאמן

האמנם הרואה יר' דיש לצדד ולו' דבנוונ' דנ"ד אף מהרשד"ם יודה דמהימני' לשוכר דלא החזיר המש' מעות המוקדמים דהא כל היליה של מהרשד"ם הוא דמאחר דאיכא טענת בריא בחזרת המעות ואין כאן טענה בריא נגדו של המשכיר לומר דלא החזיר אלא טענת ש' הוא שמא לא החזירו וכמ"ש שם הרב ז"ל ובנ"ד איתרע כח השו' דודאי עינינו הרואות תנאי החזרה דא"א לבהדיהו והמש' טוען דקיים תנאו ואין מי שיכחישנו כי הא ודאי אית לן לומר דיש לנו לחזור לכללין קרקע בחזקת כו' עכ"ל

הנה מריהטא דהאי לישנא משמע דכל טעמי דקא פסיק ותני הרב לזכות את המשכיר הוא מאחר דישנו תחת האפשר לנאמנו דברי המשכיר בטענתם דהחזירו המ"ח חודשים כיון דמת השו' ואפשר דאם היה הי הוה אזיל ומודה לדברי המשכיר מינה דייקינן מדברי הרב ז"ל הא אם היה השוכר הוה הי וטוען טענת בריא נגד המ"ש דלא החזיר לו מעות המוקדמים אלא נשאר השטר משכנתא בחזקתיה קמייתא דלא כתיב ביה שום תברא ואפשר דאם היה משכיר חי הוה אזיל ומודה לטענותיה של השו' וכ"ש דכתיב בשטר המשכנתא נאמנות מפורש דהאמין כו' ע"כ אשר יאמר כי הוא זה בין בכל בין במקצת כו' אלא דליכא נאמנות לגבי יתומים קטנים לדעת הרב מהראנ"ח ז"ל זה אפשר לצדד ולומר דאפי' מהרשד"ם יודה בנ"ד ולא נאמר בכה"ג קרקע בחוקת כו'

ומה גם דכבר הדת נתונה מפי הרבנים עליונים ה"ה מהר"ש מטאלון ומהר"י טאיטצאק ומהר"ש הלוי ומהר"ל ברוך דכולם הסכימו לפסקו של מהר"י אדרבי ז"ל דהיתומים מוחזקים ולא מהמנינן להמ"ש דהחזיר המעות של מ"ח חדשים והגם דלא שוו בטעמייהו דלדעת מהר"ש הלוי ומהר"ל ברוך טעמא דדינא דאין המש' נאמנים הוא מחמת הנאמנות דמשמע דאילולי טעם הנאמנות הוה דיינינן דהמשכ' נאמנים דכבר החזירו מעות המוק' ולדעת מהר"ש מטאלון ומהר"י א' דטעמא דדינא דאין המש' נאמנים משום תשו' הרשב"א דכרם דכלין ירד הלוקח וה"ה והוא הטעם בשכירו' ולא שייכא הסוגיא דסו"פ השואל וטעמא של הנאמנות הוא עדיפותא יתירתא והגם שהר' בדברי הר' מהר"ש מטאלון דנשתייע מטעמא של הנאמנות לאו' י"ח תשו' הרא"ש ז"ל המעיין יראה דלרווחא דמלתא כתב הרב כן וכמו שמדוקדק לשונו הך שכתב ואם יערער המערער כו' יעו"ש נמצא לעדיפ' גוונא דנ"ד דתלבל דכבר כתבתי דהדת נתונה מפי הרבנים עליונים המשה מלכים ה"ה מהר"י אדרבי ומהר"ש מטאלון ומהר"י טאיטאק ומהר"ש הלוי ומהר"ל ברוך דהשו' נאמן ואפי' אם מת השוכר היתומים מוחזקי' וגם דלא ידעי לטעון טענת בריא נגד המש' גם הר' מהרשד"ם נלו"ה עמהם בגוונא דנ"ד דהשו' הי ושטר המשכנתא בידיה וקא טעין דלא החזיר כלום נאמן השו' וכמ"ש

ואפי' אם תאמר לכוונת מהרשד"ם ז"ל שכתב האי לישנא ואין מי שיכחישנו דהכונה לומר דאם היה מי שיכחישנו היה צריך שבוע' המש' ולעולם קרקע בחזקתו עומד אלא דאי איכא מאן דמכחיש ליה צריך שבועה ואי ליכא מי שיכחישנו לא משבעינן ליה וכמו שראיתי דכתב כן וכמו שיבוא לקמן מ"מ אך אם תאמר כן לא מכרעא לענין נ"ל וכמ"ש באופן דגוונא דנ"ד איהו גיהו תשו' הכרם של הרשב"א וכמ"ש

וכשאני לעצמי עדיפא נ"ל מתשו' זו של כרם דנאמן הלוקח דהא התם אע"ג דהיתה טענת בריא נגד הלוקח דטעין המוכר דלא מכר אלא עת' וקא מכחיש לטענתו של לוקח עכ"ז לא אהניא ליה טענת שמוכר מאחר דהש' נופל בחזרת המעות כ"ש בגוונא דנ"ד דליכא דמרעא לטענתו של שוכר דקא טעין טענת בריא דלא החזיר לו מעות המוקדמים

ופ"ת הלא מהר"ש הלוי שם סי' שכ"ו כתב וז"ל ועם שמדברי הרשב"א נראה דעיקר טעמו הוא משום דכל שהמחזיק ירד ברשות כו' עכ"ז יש לחלק בין מכר לשכירות אע"ג דשכירות ליומיה

ליומיה ממכר הוא משום דעיקר ושורש דין הוא דהמשכיר המוחזק יע"ש ורימזו הרב כנה"ג הא לא מכרעא לכאור' דמלבד דכבר כתב הרב כנה"ג שם דאין כאן אלא ס' מהר"ש הלוי אמנם אין כן דעת שלשת הרועים ה"ה מהרשד"ם ומהרש"ך ומהר"י אדרבי וכולם ס"ל דלא מפלגינן בין מכר לשכירות זאת ועוד דהרי הביא לן מן החדש תשו' הרשב"א דהביא מרן ב"י שם סמוך לתשו' הכרם דמשם הכריח הרב הכנה"ג היפך דעת מהר"ש הלוי דהרי משמע מדברי הרשב"א דאם היו עדים מכחישים דלא היתה ע"ת היו יורשי שמעון נאמנין והיינו מהאי טעמא אוקי הרי כו' ואוקי ארעא בחזקת מאן דמוחזק עכשיו יען דהמוכר כדין ירד יע"ש וזה סיוע לסבר' שלשת הרועים

והגם דנרא' דיש לדוחה לדחות דלא קשיא כך תשו' הרשב"א למהר"ש הלוי דס"ל דמפלגינן בין מכר לשכירות דאיכא למימר דמאי דהוצרך הרשב"א ז"ל לכתוב כהאי לישנא היינו כדי לצאת י"ח מסברת ר"ח ז"ל ודעימיה דפסקו תו"ת הוי ספיקא דאורייתא ולא אזלינן בתר חזקה קמייתא אלא מאן דקאי השתא ואילו היו לו עדים מכחישים דלא היה ע"ת א"כ לסברתם של ר"ח ודעימיה לא הוה מהימנינן ליורשי ראובן להוציא הקרקע מתחת יורשי שמעון לזה הוצרך הרשב"א להשיב כיון דאין כאן הכחשה והבדל אלא בירור הוא בעיקר העדות וזכו יורשי ראובן אליבא דכ"ע ולעולם אימא לך דיש חילוק בין מכר לשכירות וכש' הרב מהר"ש הלוי

ויש פנים לגלגל כן ולומר דרצה הרשב"א לצאת י"ח אפי' לסברתו של ר"ח ודעימיה הסוברים דתו"ת ספיקא דאורייתא ולא אזלינן בתר חזקה קמייתא מאחר דהרשב"א גופיה בתשו' הכרם המובא בה"ב סי' רכ"ט כתב וז"ל וכ"ש לדעת ר"ח כו' ויש לו ראיות הרב' ע"מ שיסמוך ע"כ ומאחר דהרשב"א ראה ראה דיש ראיות הרבה לדעת ר"ח והנה הנם סמוכות ולא דחויות וא"כ מש"ה תפס הרשב"א באות' תשו' כי האי לישנא והגם דהרשב"א הוא מכת הסוברים דתו"ת ספיקא דרבנן שיהא וכמו שיחד אוספו כל הגדולים הסוברים דהוי דרבנן בתשו' הרב מהרא"נ"ח ה"ב סי' מ' דס"ג ע"ג וכתב שם דהרשב"א הוא מכת הסוברים דהוי תו"ת דרבנן והביא דבריו הרב כהונת עולם סי' ס' דס"ו ע"ב הא לא מכרעא דכך היא דרכה של תורה פוסקי הלכות לצאת י"ח מכל המנגדים עליו וכ"ש לר"ח שדבריו דברי קבלה הן ועי' לס' לדברי אמת קונט"ח' דע"ה ע"ג דרימזו לן תשו' הכרם של הרשב"א בתוך הבאי' בהאי סברה דתו"ת הוי ספיקא דאורייתא יע"ש ואם כוונת הרי' וכנים הדברים דנפרים דברי אמת הגאון ז"ל דזהו כונתו קשיא מאי דכ' מהרא"נ"ח דהרשב"א הוא מכת הסוברים דס"ל דהוי דרבנן והכריח הרב מהרא"נ"ח כן דס"ל להרשב"א הכי

ודרך אגב עמדתי כעת בתשו' הרשב"א הלזו של משכונא ומ"ש הרשב"א עצמו ס"א סי' אלף רמ"ו והביא דבריו הר' ב"י ח"ה סו"ס קמ"ה ורמזה הרב מהרא"נ"ח שם סי' מ' וז"ל ומה ששאלת אם אין כתוב התנאי בגט ונתרפא והאשה מכחשת ואומרת דנתנו לה בלתי תנאי מאן מודע דאין חוזרים ומגידים ועדים אחרים נמי אינן נאמנים כו' תשו' כו' אילו היה כאן עדים אחרים שהעידו דהבעל התנה על תנאי והאשה אומרת וכו' אומרים לא נתגרש' כו' עיי"ש שהאריך כו' ולכאור' איכא לאקשויי דאמאי לא אמרי' הכא ג"כ דהמעידים דאומרים דהתנה על תנאי ליהו נאמנים הגם דהגט שהם ואפי' דכתי' יוצא מתי"א מטעמא דאסברא לן שהם בתשו' המשכונא דנאמנים יורשי ראובן ע"י עדים שהביאו ואמרו לתנאי היה ואין כאן הכחש' עדות כלל והכא נמי אין אלו העדים מכחישים אלא בירור הוא בעיקר העדות והמעיין יתרץ

איך שיהיה לענין זה אי איכא לחלק בין מכר לשכירות לדעת הרשב"א הנה כבר עלת' הסכמת שלשת הרועים וגם האשל הגדול הרב המאסף וגם הרב מט"ש סי' כ"ט הגב"י אות כ"ה עלתה הסכמתו כן דלענין דינא אין לחלק כן בין מכר לשכירות יעויין שם

האמנם אחר החיפוש ראיתי דיש לעמוד בהאי כללא דכתיבנא דהיכא דכדין ירד לא שנא מכר ול"ש שכירות חד דינא אית להו ובחדא מחתא מחתינהו הרשב"א דהמוכר מוחזק וזולת ס' הרב מהר"ש הלוי דס"ל דאיכא לפלוגי בין מכר לשכי' דהלא הר' מהר"ש יפה הבי' דבריו הכנה"ג ז"ל ח"מ סי' וכ"ר הגב"י אות ל"ב ובסי' ק"מ הגה"ט אות י"ד ובתשו' ח"מ ה"ב סי' קנ"ג דקע"ח ע"ג ול' דלדעתי' לא אמר' הרשב"א אלא במכר דוקא דכבר נתרוקן זכותו של מוכר אבל בשכירות דלעולם אינו יוצא הקרקע מחזקתו דהגם דשכירות ליומי' ממכר הוא היינו דוקא לענין השימוש וקנין הפירות ברם אין הגוף קנוי לו ואפי' בשכירות דלא מצי לסלוקי ליה אפ"ה אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת אבל דעת הרב מהר"א מוטל דבשכירות דלא מצי לסלוקי ליה אמרינן דהמוכר הוא המוחזק יע"ש הנה מתברר דס' הרב מהר"ש הלוי לא יחידא' היא

גם ראיתי להרב הגדול שבדורינו מהר"י חזן בס' חקי"ל ה"ב ח"מ סי' ס"ט דקי"ד ע"ג וע"ד דהעמיק והרחיב במילי דהוי פלוגתא דדינא בין משכיר לשו' מי הוי המוחזק וכתב דמאחר דלדעתרוב הפוס' אין שהמוכר חייב במזו' מד"ת מדכתיב ביתך ש"מ דאין לו קנין בדבר השכור לו ואף לדע' הפוס' דחייב השוכר במזו' מד"ת התם הוא דחובת הדר הוא יע"ש דליהדר הרב כמה לדדים בהאי דינא ושם בספ' פ"ב דק"מ ע"ב ד"ה ומה כו' עמד נמי בזה ורימזו שם ההי תשו' דסי' ס"ט ובסו"ד שם ע"ג סיים הרב וז"ל ומ"ת בנ"ד לכל הצדדים השו' חשיב מוחזק ולא תבעיא לדעת הסוברים כו' דכל שבשכירות כדין השו' מוחזק אלא אפילו להפוס' דהמע'

דהמש' הוא המוחזק הו"ד בשכירות דתלי לסלוקי אבל בשכי' דלא תלי לסלוקי כעין נ"ד דהשכי' הוא לז' שנה לא הוי המשכיר מוחזק כיון דלא שייך הטעם דשיהו לחזור אליו עכ"ל והמעיין יראה דלפי הטעם דכ' הר' בשי' ש"ע דמאחר דלרצה דרצותא דסברי דאין השו' חייב במזוזה מד"ת דברשותי' דמש' קאי הבית אזי מטעם זה בכל פ' דאתיליד בשכירות המש' הוא המוחזק א"כ מעתה מה יתן ומה יוסיף דהיכא דהשכירו לזמן קצוב דלא תלי לסלוקי להשו' הוי השו' בכה"ג מוחזק הא אין לו לשו' זכיה בבית מד"ת וברשותיה של משכיר קאי דכי היכי דגבי דינא דמזו' בגם דהשכירה לזמן קצוב דלא תלי לסלוקי ליה אפ"ה אין לו חיוב מזוזה דלאו ברשותיה קאי ומינה לענין דינא דשכירות לפי שיטתו של הרב הק"ל דהאי כללא דמי נקרא מוחזק מתלא תלי בעיקר דינא דחיוב דמזוזה דלא רמי רחמנא מצוות עשה דמזו' על השו'

ובשאני לעצמי נראה לי דלא מתלא תלי דינא דהיובא של עשה מזוזה להאי כלל' דקיימינן מי הוא דנקרא מוחזק דלעולם אימא לך דאפי' למ"ד דמד"ת אין השוכר חייב במזוזה אפ"ה בדינא דשכירות בעלמא השוכר זוכה בקנינו מסברי' מן המש' וכיתא הוא מד"ת והוא מטעמא דהבית והקרקע אית להו בתי הקנאות א' הקנאת הפירות והשמוש והאחת הקנאת גוף עצמו הילכך גבי מזוזה קפיד רחמנא לכתוב תרי ביתך להורות נדלא סגי בהקנאת המקום השימוש והנאה דאית ליה לשוכר בגו ביתא וכמ"ש התוס' בס פ"ק דיב"ן דא"כ ע"א ד"ה הא אמר כו' וז"ל מ"מ אין חיוב מ"הת דמדאורייתא פטור מן המזוזה לעולם כדכתיב ביתך ולא של אחרים ואע"ג דדרשינן ביתך דרך ביאתך כו' מ"מ תרי ביתך עכ"ל מוכח מדברי התו' הללו דאי לא הוה כתיב בתורה אלא חד ביתך הוה מחייבינן לשו' מד"ת חיוב במזו' דהא לא איתר לן מיעו' למעט ולא של אחרי' ומדינא דאורייי' זוכ' השו' בקנינו הראוי לו דהיינו קנין השימוש והנאה בגו ביתא דאית ליה לשו' והיה דינו כמו דינ' דאונא' דרבי רחמנא גבי אונא' ממכר יתירא לרבו' שכירו' לענין לאו דאונא' באופן דלגבי שכירות דעלמא לעולם איכא למי' דשפיר זכה השוכר בגו ביתא קנין הגוף לשימוש מדינא דאורייתא וא"כ כל היכא דאתיליד ספיקא בגוף השימוש וכנוונא דת' הכרם דהשוכר הוא המוחזק ושאני חיוב דמזוזה דקפיד רחמנא לכתוב תרי ביתך לאשמועינן דבעי קנין הגוף נמי

ועלה ע"ד לאורה להביא כלמות ראיה לזה מעובדא דר"ג וזקנים דהיו באים בספינה דפ"ה למעשר שני דאמר עישור שאני עתיד למוד נתון לר"י ומקומו מושכר לו כו' ונתקבלו שכר זה מזה נמצא דע"י קנין השכי' יצאו כ"א ואחד מחיובא דמתנות כהונה דרביע עלייהו מדינא דאורייתא והשתא אי אמרת בשלמא דקניינו של שוכר דאית ליה בגו ביתא דהיינו קנין השימוש והנא' הוא מדאורייתא ולא נשאר למשכיר בהקנאת השימוש גופו וזכיה מד"ת אלא קנית שיור הגוף דוקא שפיר איכא למימר דיצאו כ"א ואחד מחיובם דרביע עלייהו דהא איכא הוצא' מרשות לרשות דעד עתה היו המתנות כהונ' ברשותו של משכיר וע"י קנין השכירות נתרוקן וכותו וזכה השו' בקנין השימוש מד"ת וגם דנשתייר להמשכיר שיור הגוף לעצמו לא איריא למאהר דבענין השימוש אין לו שום זכיה להמשכיר ושפיר יצאו ידי חובתן האמנ' אי אמרי' דמד"ת אין לו לשוכר בגו ביתא כלום והכל נאמר לכל בין הקנאת המקום גופו של הבית עצמה ובין קנית הפירות והשימוש הכל נשאר למש' א"כ היכי יצאו י"ח מחיובם דאורייתא ע"י קנין השכירו' והא ליכא הוצא' מרשות לרשות דלפי דעתו דעת עליון של הרב הק"ל דכמו דחיוב עשה דמזוזה פטרי' רחמנא לשוכר זה בנה אב לכל מילי ודיני שכירות דעלמא היכי יצאו י"ח מחיובן דרמו עלייהו מד"ת על ידי קנין השכירות

והילך דברי התוס' פ' הגוזל קמא דק"ל ע"ב ד"ה אגב כו' שכתבו התם מדאוריי' בעינן דאית ליה ארעא דאי לית ליה ארעא לא היו קרויין מדאורייתא מעותיו שיוכל לפדות בהן את המעשר עכ"ל הרי דפשיט להו להתוס' דכל כמה דאין קנינו אלא מדרבנן לא אהניא ליה להוציא י"ח מדין תור' וא"כ מינה ילפי' לעובדא דר"ג וזקנים דיצאו י"ח כל אחד ואחד מחיובא דאורייתא דרמי עלייהו על ידי שכירות המקום דשכר אחד מחבירו כדינו ושפיר זכה מ"הת בקנין השימוש והנאה בקנית המקום האמנם המעיין יראה דהא לא מכרעא אלא לכת הסוברים דקנין אגב הוא מדאורייתא שכיר איכא למילף ולהכריח וכאמור דשכירות מקום השכור לאדם יש לו זכיה מ"הת אבל לדעת הסוברים דקנין אגב הוא מדרבנן אם כן היכי יצאו י"ח מילי נתינת מתנות כהונה דרביע עלייהו מדאורייתא וא"כ אולא לן הסכרח והוכח' שהוכחנו דהא הכא הגם דאין קנין אגב אלא מדרבנן יצאו י"ח מדאוריתא

שו"ר לכבר קדמוני בזה בחקירה הלזו דהילך יצא י"ח ר"ג וזקנים מחיובם למ"ד דקנין אגב הוא מדרבנן הרב מהרי"ע אלגאזי בקונט' תוס' דרבנן אות אלף סימן ל"ב ד"ו ע"ב יע"ש ובס' פ' יו"ט דכ"ט ע"א ובס' הנ"מ ממשווה שמו אבלי יאודה אות מ"ס ד"פ וכבר ידוע דמילתא כדנא דהיכא דאין לאדם קנין בדבר אלא מדרבנן אי אליש כוחייהו שיזכה האדם מ"הת לדבר וזה כבר נפתח בגדולים יעויין להרב מח"א ס' משיכה סי' ב' ליו"ד ע"ג ואילך מאי דאסף וקבץ בזה והר' מהריט"א שם והרב לחם שלמה קונט' אגב ד"ש ע"ב סי' י"א וע"ין מהר"א אבינדור בס' זכור לאברהם דמ"ד ומ"ה ע"ש מ"ש בהאי כללא , איך שיהיה הגם דאין הכא גמור מעובדא דר"ג וזקנים להו' ההוכח' דרכה הר' הק"ל מ"מ ההוכח' שהוכי' מחיו' דעשה דמזו' וכאמור לעיל כבר כתבנו דלא כשתוינו בס' הלימוד וכל לגבי דידי אין האמת כן דלאו הא בהא תליא והכי מש' לפום ריהטא להוכיח לאורה דלאו

דלאו הא בהא תליא והוא דהא הרא"ש בה' קטנות גבי דיני מזוזה כתב דתרי ביתך כתיבי חד לדרשה דרך ביאתך וחד למעט שואל ושוכר יעו"ש. דמדברי הרא"ש הללו הוכיח הרב הק"ל דש"כ פטור ממזוזה מד"ת יעו"ש ואילו הרא"ש כתב בתוספותיו והביא דבריו הרב עדות ביעקב סימן ע"ה שתירץ לקושית התוס' דכי אפיק בע"ז היינו לענין דאינו קרוי ביתו של שוכר ולא קנין כספו אבל מ"מ קני ליה לשוכר להשתמש בה כל ימי שכירות א"נ הכא קרא יתירא הוא דקא דריש לגבי אונא' דכתי' ממכר לרבות ממכר כל. דהוא עכ"ל

והנה לכאורה נר' משמעות דברי הרא"ש ז"ל הללו דלתירוצא קמא אונא' וכל מילי שכירות שוו דינייהו ובחדא מחתא מחתינהו ומד"ת שכירות קניא לשוכ' להנאת הפירו' ברם גוף הבית עצמו לא קניא לשוכר מד"ת אלא נשאר למשכיר עצמו ומטעם זה קפיד רחמנא דלא ישכיר את ביתו לגוי ולתירוצא בתרא שניא דין אונאה מדין שכירות דעלמא. דגבי אונאה גלי קרא דקני שכירות לענין קנית השימוש הא בעלמא לא קניא שכירות אפי' לקנין השימוש מד"ת מאחר דאין כאן מכר אלא ליומי ומדרבנן הוא דאית לשוכר קנין שימוש בגו ביתא וניחא הסוגיא דע"ז דלא אמרינן שכירות כו' ליומים מדינא דאורי' ולפי יסודו דיסד לן הרב הק"ל דלפי דעת רובא דרבוותא דסברי דשוכר פטור ממזוזה מדין תורה מינה ילפינן דהמש' הוא המוחזק א"כ צ"ל דמש' הרא"ש בה' קטנות דשוכר פטריה רחמנא מחיוב דמזוזה היינו לתירוצא בתרא של הרא"ש שתירץ דדוקא לגבי אונאה הוא דרבי רחמנא דאיכא קנין שכירות הא בעלמא לא דלתירוצא קמא הא אית ליה לשו' קנין מ"הת וזה אינו במשמע דתליא דינו ומשפטו של חיוב מזוזה בהני תרי שינויי אלא כמו שכתבתי דהאי פסקא דהרא"ש בה' מזוזה הוא בין לתירוצא קמא ובין לתי' בתרא וטעמא דקפיד רחמנא גבי חיובא עשה דמזוזה דבעי דיהא הבית כולו בין הגוף ובין קנין השימוש הוא דלהכי כתב רחמנא תרי ביתך להורות לן האי חידושא דלא סגיא בקנית השימוש לבד הגם דקניא ליה מד"ת וכאמור וזה לך האו"ת שהרי אפי' בשני שותפים בגו' הבית עצמה אי לאו דרבי קרא למען ירבו ימיכם וכמו שדרשו בפ"ק דיומא דיו"ד ע"ב הוה דיינינן דפטירי מעשה דמזוזה מאחר דאין גוף הבית כולה של א' והתורה אמרה ביתך ולא של אחרים דלא יהא שום צד זכות בבית לאיש אחר אלא דהשתא דרבי קרא למען ירבו כו' דרשינן למיעו' דביתך ולא של אחרים בא למעט שכירות לבד דדר בגו ביתא בתורת שכירות דאין לו שום צד זכות בקנית הגוף של הבית עצמה מה שא"כ בשני שותפים.

ועוד יש להוכיח לכאורה שלא כדעת הרב הק"ל דס"ל דהא בהא תליא דהא כתבו הרב מהריט"א אלגאזי והלח"ש שם כדע' הרא"ש דאף דקנין אגב הוא מדרבנן נעשה שלו מד"ת יעו"ש ואפי' לו יהי דקנין שכירות הבית לא זכה השו' מד"ת מ"מ מה בכך הא הלה עליה לשו' וכיה מ"הת דנעשה שלו וא"כ אמאי פטרי' הרא"ש ז"ל מחיובא דמזוזה אלא משמע כמו שכתבתי דקפיד רחמנא לענין עשה דמזוזה דיהא לשו' קנין בגוף הבית עצמה

איך שיהיה למאי דאתאן עלה בנ"ד דהוא משכנתא דסורא דכתיב ביה ובמשלם כו' דלא מצי לסלוקי המשכיר לשו' כלל אם לא בדרישת הקו"ם א"כ השו' הוא המוחזק וכמ"ש הרב מע"ב בה"ג בתשו' סי' י"ב דכ"ט ע"א וגם הרב הק"ל מודה ובא דבכה"ג השו' מוחזק וכמו שהבאתי דבריו לעי'

וכ"ת היינו דוקא היכא דדר השוכר עצמו בבית ברם היכא דאין השוכר דר בבית אלא המש' ובנ"ד וכגוונא דנ"ד דהיתומים והאלמנ' דרים בבית דא"ר המשכיר ושכרו מיד שוכר האמצעי וכנהוג וא"כ אפשר לצדד ולומר דבכה"ג לא חשבי' להשו' מוחזק הא לא מכרעא דכיון דהמש' הדר בבית אינו אלא מכחו של השוכר דחזר והשכירו למש' א"כ השו' הוא המוחזק וכמ"ש הרב ה"ש סי' כ"ט הגב"י אות מ"א כי היכי דלא תקשה תשו' מהרי"א עם תשו' מהרש"ך דהרב מהרי"א דוחה את הלוקח היינו טעמא דהגם דר' בעל החזקה הוא דר בה מ"מ עומד בה בתורת שכירות והוי כאלו דר בה הלוקח עצמו לא כן בנדון מהרש"ך יעו"ש. ועיין נמי להרב מט"ש בגו שם בתשו' הנז' דאסברא לן הכי דלא שנא חזר ושכרו מיד הלוקח ול"ש לא חזר המוכ' ושכרו הקונה הוא המוחזק ושיים והא ודאי דהכי נקטינן וכמ"ש הרשב"א ואפי' לדעת מהרש"ך ומהרי"א בחזר ושכרו ממנו לכ"ע השוכר מוחזק יעו"ש ומזה דאנו לידי מידה זו דבכל כה"ג השו' הוא המוחזק הגם דקא' בגו ביתא המש' מינה לענין נ"ד הגם דהיתומים דרים בבית וליכא נאמנות לגבי יתומים קטנים ה"ד היכא דבא השו' להוציא ממון מידם ברם הכא לגבי שכירות הוא דקיימינן אדרבה היתומים הנה הנה הם באים להוציא מתחת יד השו' וכנו' וכיון שכן שפיר כביר מצאה ידה ואלים כחה של אלמנה לגבות מעות המוקדמים מתחת ידי יתמי המש' הגם דהן קטנים וכ"ש וק"ו מתחת ידי האומן הקבלן ולא שייך הכא קים לי כדעת הרמב"ן הנז"ל וכאמור בפתח דברינו האומנם אע"פ כן עשינו מעשה וחסינו נפשינו על נפשות האביונים האומללים ועשינו פשר דבר באופן נאות ומחל השוכר כל דמי השכירות העבור דהיו חייבים היתומים מיום פטירי' מורישם וכבר נתננו מעשה ב"ד על זה

ואיברא דאחר כותבי כל הנז"ל מצאתי כתו' אצלי בזכרונותי אות ט' וזה לשוני שם יש להקשו' בהני שטרי משכנתות דילן דהוא שכירות מוקדם לזמן מרובה אי טעין בע"ד החזרתי לך מעות המוקדמים בשעה דתבעת ממני דרישת הקו"ם ואינו כתוב בשטר המשכנתא נאמנות כנהוג אי מהימנינן ליה לשוכר עי' תשו' הרשב"א ח"ג סי' קפ"ח פ"מ נ"ב סי' י"ב וסי' ג"ל כנה"ג סי' ש"ן הגה"ט אות י"א הגב"י אות ל' עיין מהריק"ש סי' ש"ב שעי' י"ב תורת חסד סי' רנ"ט מ"ש ה"ג קונט'

קושט' מירה לפיה סימן י"ב ע"ש מ"ש והיינו
הו קירה שהקדמנו בראשית מאמר והיה צריך לכוס
דיהביה ליה וליכא בבני ספרי דבי רב אלא דאין
השתא מסכים לנוח בפורתיים כאשר מן הראוי נ"אס

בג"ה

אליעזר די מולידו

סימן ב

ראובן לתבוע את שמעון לדין בשטר משכנתא עשוי כתקנ"ל שיפרע לו בתוך־זמ"או שישפה מגלי הכתו' בשטר המשכנ' וכנהוג וגם שיפרע לו דמי השכירות כדר גרנות ע"י ששכרה מבוכר האמצעי וש' הודה על הכל אלא שיהרהב לו זמן אב נ"א. תרו יען דש' עשה טובה גדולה לר' דוה הסך הנהוג בשטר המשכנתא לא קבל ממנו בתור שכירו' מוקדם אלא שהיו לר' וש' שותפות מאז ומקדם והפסידו מן הקרקע גדול ושמ' לא הספיק אדעתיה שיפסיד ר' כפי חלקו אלא כתב לו שטר משכנתא והודה לר' איך קיבל כל הסך מידו וכיון דהוא גיבו השמעון עשה לו לראובן כהוגן גם ר' יעשה לו טובה להרחיב לו זמן

והנה יש להסתפק על דנא כתנס אי קניה ר' הבנות בתורת שכירות מוקדמ' מאחר דלא קיבל שום דבר א"כ הויא ליה מלוה ולא קניא בשכירות כמו שפסק הרב בעל התרומות שער ס"ד ח"ג והסכים מרן בש"ע סי' קנ"ה לח"מ או אפי' מאחר דליכא דשטרא המוגג קמן הנה היא בלשון הודאה דהודה שמ' איך קבל מידו של ר' סך מה ובאו לידו בתו' שכירות מוקדם א"כ הודאת בע"ד כו' ולא דייני' בה דין מלוה הגם דב' מודים והגם דאיכ' בשטר המשכנת' ק"ס וכנהוג וכבר כתב הכנ"הג בתשו' ח"ב סי' ק"י דכשיש הודאה וסוגיא דעלמא הכי אזלא שקונין ומקנין בק"ס ואין לומר קים לי כמ"ד דאין קונין יע"ש ודמו הרב מע"ש סי' קנ"ה והכי השיבתי מכי מורי הרב מהר"א עניו נר"ו דהכי כשיש ההודאה בעירנו קושט'א וז מנינו נמי הכי אזלא סוג' ואין פוצה פה ומאחר דאיכא ק"ס א"כ נמצא דהיא הבנות קנויה ומושכרת ביד ר' מכח הקנין מ"מ היה נראה לכאורה דבנ"ד לא זכה ר' דאיכא למימר בזה נרגא דהא האי קנין אינו סובב הולך אלא לעיקר ההודאה דכל הודאה דלאו באינא קנין בגויה לאו הודא' היא והכי נקטי הסופ' בליטנייהו בשע' הקנין למימר למקנה קא קנין איך אתה מודה בפנינו איך נטלת מיד פ' סך מה בתורת שכירות מוקדם ובעבור השכרת לו המקום פ' כו' נמצא דכונתם של הסופ' להקנות על ההודאה' דלעיקר קנין השכירות הוא על המעות ומאחר דקנין המעות יש בו צד גריעותא וכאמור א"כ ל"מ ולא מוריד הק"ס

ואדר בהיפוך ראיתי להרב מט"ש הנ"מ ח"ג בתשו' סי' י"ב דנשאל ע"ו כעין נ"ד ובדכ"ע ע"ב ד"ה השתא נשא ונתן בזה לכוס ריהטא דמאחר דהוי פלוגתא דרבוותא אי קני' נקנית במלוה נמצא דהס' נופל בעיקר הקנין והתס' הוא המוחזק וגם א קא אכילת פירות הוא שנוי במחלו' ולא הוי א קה ומה גם למ"ד דשכירות אינו נקנה בק"ס א"כ דל מהכא הק"ס מיהו אשכחנא לה ארוכה ממ"ש בשטר שהודה שקבל סך מה ואי לאו שנטל הדמים עכשיו לא היו כותבין כו' איך שיהיה כו' שאני נ"ד דהא לדברי המשכיר אזיל ומודה דלא היה הלואת מעות אלא הסך א' שנתנה לו ובעד אותו הסך השכיר לה כו' וא"א ודאי דהוי אליבא דכ"ע כו' עוד איכא טעמא אחרינא דבנ"ד דהוי לאכילת פירות קונה אף בהלואה וכמ"ש הטור כו' וקם דינא הנותנה דמי השכירות אלו דבריו לתדנו מדבריו דה גם דהוא הודאה לא שמר דעתו הר' אלא מאחר דגם המשכיר אזיל ומודה דלא היה הלואת מעות אלא דנטל מידה הסך ובעד אותו הסך השכיר לה וא"כ בנ"ד דהמשכיר והשו' אזלי ומודו דלא היתה לא מעות בעין ולא הסך אלא הלואה מאז ומקדם לא קנו אפי' דהיה קנין סודר מאחר דהוי במחלוקת כן נראה ללמוד מדבריו

ולדידי יש לעמוד ע"ד המאמר דפשיט ליה דהק"ס אינו סובב הולך דוקא על ההודאה כאשר כתבתי אלא גם על עיקר השכירות א"כ למה לא זיכהו לשו' דהוי מוחזק דקנה בק"ס וכמ"ש הר' כנה"ג בתשו' דהכי אזלא סוגיא דעלמא וכמו שכתב הר' עצמו בסי' קנ"ה

עוד יש לעמוד על הר' מט"ש על טעמא בתרא דסמיך עליה דבמשכנתא ושכירות דהוי לאכילת פירות קונה אף במלוה יע"ש, אחהמ"ר לדידי הוי לי דלא שיא ואינו ענין לזה דברי הטור שהביא והילך לשון הרב בעל התרו' שער ס"ד ח"ג וז"ל והיכא שלוה ר' משמעון מנה ולאח"ז כתב לו בשטר וקנין מחמת שלויתי מפיך וכך עכשיו משכנתי לו הקרקע כו' מסתברא דאילו לא היה כאן לא שטר ולא קנין באמת היה דינו כו' כך אין המשכונא נקנית במלוה דמשכונא שכירות היא כו' אבל עכשיו שיש קנין ושטר כו' קרקע נקנה בחליפין כו' ועוד יש לנו ראיה לדין זה שאין לנו לדקדק אם קנה המשכונא אם לאו שהרי שעבוד הגוף קיים ואין קנין המשכונא מועיל אלא לאכילת פירות לבד ע"כ והמובן מדברי הטור ומרן ב"י והאחרונים ז"ל הוא דק"ס לא בא להקנות שום דבר כדי שנאמר אין ק"ס קונה אלא במתנה לכת הכוס' אלא הק"ס בא לאלומי ההודאה ואל עליו שעבוד על הקרקע דאי לא הוה ההודאה בק"ס אלא הודאה גרידתא לא הוה חייל השעבוד על הקרקע כדי לטרוף ממשעבדי דהקנין הוא דמוליא קול לעולם וע"י זה ממנעי ולא זבני נמצא דהגם דמשכונא ושכירות אינו נקנה במלוה היינו לענין הקנין ברם היכא דהודה דיש לו עליו מלוה וקנה ממנו בקנין סודר שפיר אוכל הפירות דהא משתעבד לו לענין לפרוע הוא על שיעור דמי ההלואה וא"כ אם בא הלוה לפרוע הוא ממ"נ מצי מסלק ליה בזוזי דהקנין לא בא לשם קנית הדבר מידי

ומעתה

דלאו הא בהא תליא וקוא דהא הרא״ש גבי קטנות גבי דיני מזון׳ כתב דתרי ביתך כתיבי חד לדרשה דרך ביאהך וחד למעט שואל ושוכר יעי״ש דמדברי הרא״ש הללו הוכיח הרב הק״ל דשוכר פטור ממזוזה מד״ת יעי״ש ואילו הרא״ש כתב בתוספותיו והביא דבריו הרב עדות ביעקב סימן ע״ה שתירץ לקושית התוס׳ דכי אפיק בע״ז היינו לענין דאינו קרוי ביתו של שוכר ולא קנין כספו אבל מ״מ קני ליה לשוכר להשתמש בה כל ימי שכירות א״נ הכא קרא יתירא הוא דקא דריש לגבי אונא׳ דכתי ממכר

והנה

לרבות ממכר כל. דהוא עכ״ל לכוס ריהטא נר׳ משמעות דברי הרא״ש ז״ל הללו דלתירוצא קמא אונא׳ וכל מילי שכירות שוו דינייהו ובחדא מחתא מחתינהו ומד״ת שכירות קניא לשוכ׳ להנאת הפירו׳ ברם גוף הבית עצמו לא קניא לשוכר מד״ת אלא נשאר למשכיר עצמו ומטעם זה קפיד רחמנא דלא ישכיר את ביתו לגוי ולתירוצא בתרא שניא דין אונאה מדין שכירות דעלמא. דגבי אונאה גלי קרא דקני שכירות לענין קנית השימוש הא בעלמא לא קניא שכירות אפי׳ לקנין השימוש מד״ת מאחר דאין כאן מכר אלא ליומי ומדרבנן הוא דאית לשוכר קנין שימוש בגו ביתא וניחא השוגיא דע״ז דלא אמרינן שכירות כו׳ ליומים מדינא דאורי׳ ולפי יסודו דיסד לן הרב הק״ל דלפי דעת רובא דרבוותא דסברי דשוכר פטור ממזוזה מדין תורה מינה ילפינן דהמש׳ הוא המוחזק א״כ צ״ל דמש׳ הרא״ש בה׳ קטנות דשוכר פטריה רחמנא מחיוב דמזוזה היינו לתירוצא בתרא של הרא״ש שתירץ דדוקא לגבי אונאה הוא דרבי רחמנא דאיכא קנין שכירות הא בעלמא לא דלתירוצא קמא הא אית ליה לשו׳ קנין מ״הת וזה אינו במשמע דתליא דינו ומשפטו של חיוב מזוזה בהני תרי לישניה אלא כמו שכתבתי דהאי פסקא דהרא״ש בה׳ מזוזה הוא בין לתירוצא קמא ובין לתי׳ בתרא וטעמא דקפיד רחמנא גבי חיובא עשה דמזוזה דבעי דיהא הבית כולו בין הגוף ובין קנין השימוש הוא דלהכי כתב רחמנא תרי ביתך להורות לן האי חידושא דלא סגיא בקנית השימוש לבד הגם דקניא ליה מד״ת וכאמור וזה לך האו״ת דהרי אפי׳ בשני שותפים בגו׳ הבית עצמה אי להו דרבי קרא למען ירבו ימיכם וכמו שדרשו בפ״ק דיומא דיו״ד ע״ב הוה דייניגן דפטירי מעשה דמזוזה מאחר דאין גוף הבית כולה של א׳ והתורה אמרה ביתך ולא של אחרים דלא יהא שום צד זכות בבית לאיש אחר אלא דהשתא דרבי קרא למען ירבו כו׳ דרשינן למיעו׳ דביתך ולא של אחרים בא למעט שכירות לבד דדר בגו ביתא בתורת שכירות דאין לו שום צד זכות בקנית הגוף של הבית עצמה מה שא״כ בשני שותפים.

ועוד

יש להוכיח לכאורה שלא כדעת הרב הק״ל דס״ל דהא בהא תליא דהא כתבו הרב מהרי״ט אלגאזי והלח״ש שם כדע׳ הרא״ש דאף דקנין אגב הוא מדרבנן נעשה שלו מד״ת יעי״ש ואפי׳ לו יהי דקנין שכירות הבית לא זכה השו׳ מד״ת מ״מ מה בכך הא הלה עליה לשו׳ וכיה מ״הת דנעשה שלו וא״כ אמאי פטרי׳ הרא״ש ז״ל מחיובא דמזוזה אלא משמע כמו שכתבתי דקפיד רחמנא לענין עשה דמזוזה דיהא לשו׳ קנין בגוף הבית עצמה

איך

שיהיה למאי דאתאן עלה בנ״ד דהוא משכנתא דסורא דכתיב ביה ובמשלם כו׳ דלא מצי לסלוקי המשכיר לשו׳ כלל אם לא בדרישת הקו״ם א״כ השו׳ הוא המוחזק וכמ״ש הרב מט״ש בה״ג בתשו׳ סי׳ י״ב דכ״ט ע״א וגם הרב הק״ל מודה ובא דבכה״ג השו׳ מוחזק וכמו שהבאתי דבריו לעי׳

וכ״ת

היינו דוקא היכא דדר השוכר עצמו בבית ברם היכא דאין השוכר דר בבית אלא המש׳ וב״ך וכגוונא דנ״ד דהיתומים והאלמנ׳ דרים בבית דא״ר המשכיר ושכרו מיד שוכר האלמני וכנהוג וא״כ אפשר לצדד ולומר דבכה״ג לא חשבי׳ להשו׳ מוחזק הא לא מכרעא דכיון דהמש׳ הדר בבית אינו אלא מכחו של השוכר דחוזר והשכירו למש׳ א״כ השו׳ הוא המוחזק וכמ״ש הרב ה״ש סי׳ כ״ט הגב״י אות מ״א כי היכי דלא תקשה תשו׳ מהרי״א עם תשו׳ מהרש״ך דהרב מהרי״ט דוחה את הלוקח היינו טעמא דהגם דדר׳ בעל החזקה הוא דר בה מ״מ עומד בה בתורת שכירות וזהו כאלו דר בה הלוקח עצמו לא כן בנדון מהרש״ך יעי״ש. ועיין נמי להרב מט״ש בגו שם בתשו׳ הנו׳ דאסברא לן הכי דלא שנא חזר ושכרו מיד הלוקח ול״ש לא חזר המוכ׳ ושכרו הקונה הוא המוחזק ושיים והא ודאי דהכי נקטינן וכמ״ש הרשב״א ואפי׳ לדעת מהרש״ך ומהרי״א בחזר ושכרו ממנו לכ״ע השוכר מוחזק יעי״ש ומזה דבאנו לידי מידה זו דבכל כה״ג השו׳ הוא המוחזק הגם דקאי בגו ביתא המש׳ מינה לענין נ״ד הגם דהיתומים דרים בבית וליכא נאמנות לגבי יתומים קטנים ה״ד היכא דבא השו׳ להוציא ממון מידם ברם הכא לגבי שכירות הוא דקיימינן אדרבה היתומים הנה הנם הם באים להוציא מתחת יד השו׳ וכנו׳ וכיון שכן שפיר כביר מצאה ידה ואלים כחה של אלמנה לגבות מעות המוקדמים מתחת ידי יתמי המש׳ הגם דהן קטנים וכ״ש וק״ו מ״זחת ידי ראובן הקבלן ולא שייך הכא קים לי כדעת הרמב״ן הנז״ל וכאמור בפתח דברינו האומנם אע״פ כן עשינו מעשה והשיב נפשינו על נפשות האביונים האומללים ועשינו פשר דבר באופן נאות ומחל השוכר כל דמי השכירות העבור להיו חייבים היתומים מיום פטירי׳ מורישם וכבר נתננו מעשה ב״ד על זה

ואיברא

דאחר כותבי כל הנז״ל מצאתי כתוי אצלי בזכרונותי אות ט׳ וזה לשוני שם יש להקשו׳ בהני שטרי משכנתות דילן דהוא שכירות מוקדם לזמן מרובה אי טעין בע״ד שהורתי לך מעות המוקדמים בשטר דתבעת ממני דרישת הקו״ם וזינו כתוב בשטר המשכנתא נאמנות כנהוג אי מהימנינן ליה לשוכר עי׳ תשו׳ הרשב״א ח״ג סי׳ קפ״א פ״מ מ״ב סי׳ י״ב וסי׳ ג״ל כנה״ג סי׳ ס״ן הגה״ט אות י״א הגב״י אות ל׳ עיין מהריק״ש סי׳ ס״ב תעי׳ י״ב תורת חסד סי׳ רנ״ט מו״ש ה״ג קונט׳

קונט' מירא דביא סימן י"ב ע"כ מ"ך והיינו היקירה שרקרנו בראשית מאמר וזהיה צריך לפום ריהטיא ליתא וליתן בהני ספרי דבי רב אלא דאין הפנאי מסכים לנוא בזורתיים כאשר מן הראוי נאם

הצעיר **אליעזר די טולידו**

סימן ב

ראובן לתבוע את שמעון לדין בשטר משכנתא עשוי כתה"ל שיפרע לו בתוך־מי'או שיעשה תנאי הכתו' בשטר המשכנ' וכנהוג וגם שיפרע לו דמי השכירות שדר בדנות ע"י שהשכיר מבוכר באמליני וש' הודה על הכל אלא שירחיב לו זמן הב נא.מרו יען דש' עשה הענה גדולה לר' דזה הסך הכתוב בשטר המשכנתא לא קבל ממנו בתור'שכירו' מוקדם אלא שהיו לר' וש' שותפות מאז ומקדם והפסידו מן הקרן סך גדול וכמ' לא אסיק אדעתיה שיפסיד ר' כפי חלקו אלא כתב לו שטר משכנתא והודה לר' איך קיבל כל הסך מידו וכיון דהוא ניהו שמעון עשה לו לראובן כהוגן גם ר' יעשה לו טובה להרחיב לו זמן

והנה יש להסתפק על דנא פתגם אי קניה ר' החנות בתורת שכירות מוקד' מאחר דלא קיבל שום דבר א"כ הויא ליה מלוה ולא קניא בשכירות כמו שפסק הרב בעל התרומות שער ס"ד ה"ג ופסקו מרן בש"ע סי' קנ"ה לח"מ או אפי' מאחר דליכא לשטרא כמוגג קמן הנה היא בלשון בודאה דהודה שמ' איך קבל מידו של ר' סך מה ובאו לידו בתו' שכירות מוקדם א"כ הודאת בע"ד כו' ולא דייני' בה דין מלוה הגם דב' מודים והגם דאיכ' בשטר המשכנת' ק"ס וכנהוג וכבר כתב הכנה"ג בתשו' ח"ב סי' ק"י דפשטא ההוראה וסוגיא דעלמא הכי אזלא דקונין ומקנין בק"ס ואין לומר קים לי כמ"ד דאין קונין יע"ש ורמזו הרב מט"ש סי' קנ"ה והכי שמעתי מפי מורי הרב מהר"א ענין נר"ו דהכי פשטא ההוראה בעירינו קושט'א וב מנינו נמי הכי אזלא סוג' ואין פוצה פה ומאחר דאיכא ק"ס א"כ נמצא דהיא החנות קנויה ומושכרת ביד ר' מכח הקנין מ"מ היה נראה לכאורה דבנ"ד לא זכה ר' דאיכא למיטדי בזה נרגא דהא האי קנין אינו סובב הולך אלא לעיקר ההודאה דכל הודאה דלאו כתיבא קנין בגויה לאו הודא' היא והכי נקטי הסופ' בלישנייהו בשע' הקנין למימר למקנה קח קנין איך אתה מודה בפנינו איך נטלת מיד פ' סך מה בתורת שכירות מוקדם ובעבורם השכרת לו המקום פ' כו' נמצא דכונתם של הסופ' להקנות על ההודא' דלעיקר קנין השכירות הוא על המעות ומאחר דקנין המעות יש בו צד גריעותא וכאמור א"כ ל"מ ולא מוריד הק"ס

ואדרך בהיפוך ראיתי להרב מט"ש הנ"מ ה"ג בתשו' סי' י"ב דנשאל ע"ו כעין נ"ד ובדכ"ט ע"ב ד"ה השתא נשא ונתן בזה לפום ריהטא דמאחר דהוי פלוגתא דרבוותא אי קר' נקנית במלוה נמצא דהש' נופל בעיקר הקניה והתש' הוא המוחזק וגם א קת אכילת פירות הוא שנוי במחלו' ולא הוי א קה ומה גם למ"ד דשכירות אינו נקנה בק"ס א"כ דל מהכא הק"ס מיהו אשכחנא לה ארוכה ממ"ש בשטר שהודה שקבל סך מה ואי לאו בנטל הדמים עכשיו לא היו כותבין כו' איך שיהיה כו' שאני נ"ד דאף לדברי המשכיר אזיל ומודה דלא היה הלואת מעות אלא חפץ א' שנתנה לו ובעד אותו חפץ השכיר לה כו' ובא ודאי דהוי אליבא דכ"ע כו' עוד איכא טעמא אחרינא דבנ"ד דהוי לאכילת פירות קונה אף בהלואה וכמ"ש הטור כו' וקם דינא דגובה דמי השכירות אלו דבריו למדנו מדבריו דה גם דהוה הודאה לא סמך דעתו הר' אלא מאחר דגם המשכיר אזיל ומודה דלא היה הלואת מעות אלא דנטל מידה חפץ ובעד אותו הפץ השכיר לה וא"כ בנ"ד דהמשכיר והשו' אזלי ומודו דלא היתה לא מעות בעין ולא הפץ אלא הלואה מאז ומקדם לא קנו אפי' דהיה קנין סודר מאחר דשנוי במחלוקת כן נראה ללמוד מדבריו

ולדידי יש לעמוד ע"ד גמאחר דפשיט ליה דהק"ס אינו סובב הולך דוקא על ההודאה כאשר כתבתי אלא גם על עיקר השכירות א"כ למה לא זיכהו לשו' דהוי מוחזק דקנה בק"ס וכמ"ש הר' כנה"ג בתשו' דהכי אזלא סוגיא דעלמא וכמו שכתב הר' עצמו בסי' קנ"ה

עוד יש לעמוד על הר' מט"ש על טעמא בתרא דסמיך עליה דבמשכנתא ושכירות דהוי אכילת פירות קונה אף במלוה יע"ש, אחהמ"ר לדידי חזי לי דלא שיא ואינו ענין לזה דדברי הטור שהביא והילך לשון הרב בעל התרו' שער ס"ד ח"ג ז"ל והיכא שלוה ר' משמעון מנה ולאח"ז כתב לו בשטר וקנין מחמת שלויתי מפיכך וכך עכשיו משכנתי לו הקרקע כו' מסתברא דאילו לא היה כאן לא שטר ולא קנין באמת היה דינו כו' כך אין המשכונא נקנית במלוה דמשכונא שכירות היא כו' אבל עכשיו שיש קנין ושטר כו' קרקע נקנה בחליפין כו' ועוד יש לנו ראיה לדין זה שאין לנו לדקדק אם קנה המשכונא אם לאו שהרי שעבוד חובו קיים ואין קנין המשכונא מועיל אלא לאכילת פירות לבד ע"כ והמובן מדברי הטור ומרן ב"י והאחרונים ז"ל הוא דק"ס לא בא להקנות שום דבר כלי שנאמר אין ק"ס קונה אלא במתנה לכת הפוס' אלא הק"ס בא לאלומי ההודאה וחל עליו שעבוד על הקרקע דאי לא הוה ההודאה בק"ס אלא הודאה גרידתא לא הוה חייל השעבוד על הקרקע כדי לטרוף ממשעבדי דהקנין הוא דמוציא קול לעולם וע"י זה ממנעי ולא זבני נמצא דהגם דמשכונא ושכירות אינו נקנה במלוה היינו לענין הקנין ברם היכא דהודה דיש לו עליו מלוה וקנה ממנו בקנין סודר שפיר אוכל הפירות דהא משתעבד לו לענין לפרוע חובו על שיעור דמי הפלואה ואה"נ אם בא הלוה לפרוע חובו ממ"ה מלי מסלק ליה בזוזי דהקנין לא בא לשם קנית הדבר מידי

ומעתה

ומעתה מה שהקשה הר' חוט המשולש והרב מעי"ט סי' קל"ה על מ"ש מרן מהו' ו' משה בעל התרומות דשכירות ומשכונא אינן נקנים במלוה ותמהו דזה היפך דברי הטור דסי' ס' יע"ש לא ידענא מאי קאמרי דדברי הטור ודברי מרן דסי' קל"ה הנה הנם ליתנא דבעל התרו' הנכנסים בשער א' וכנז"ל וכונתו כמ"ש וא"כ מה שסמך הרב מט"ש בטעמא בתרא דהגם דדמי כמשכנתא היו הוה גבי המשכיר לענין אכילת פירות קונה בהלואה וכמ"ש הטור אינו ענין לדברי הטור כאשר כתבתי דהרב בעל התרו' והטור לא קיימי אלא לענין לעכובי גביה לגבות ממנו דמי חובו ואוכל פירות הקרקע כפי שוויו אבל אין לו קנין ע"י החוב לאכול פירותיו בערך קצוב לשנה דבר מועט כנהוג דמהיכא תיתי קנין כזה

איך שיהיה לא מצאתי שום ראיה חותכת בתשו' הללו של הרב מעי"ט אמנם מתשו' מהרש"ך ח"א סי' ע"ג ומהר"ש הלוי סי' מ"ו ורמזו הרב כנה"ג סימן ק"ץ הגהב"י אות ו' מתברר מדבריהם דכל דאיכא חוב בשטרא הודאה וק"ש אף אם נאמר דבהודאה לא אהנייא קנה מדין קנין חליפין ולא אמרינן דהקנין הוא הולך על עיקר ההודא' אלא דיינינן ליה כשני קנייני' וכ"כ מהרשד"ם הא"ה סי' ק"ע וע' נמי במה שרימז הרב מט"ש סי' ק"ץ משם מהרח"ש ואין כאן סתירה מדברי הרב בעל התרומות הנז' לפי מה שכתבתי דהקנין הולך על עיקר ההודאה דהתם קאי הרב בע"הת למ"ד דקנין חליפין אינו קונה אלא במתנה יע"ש

והכלל העולה מכל מה שכתבתי דהני שטרי משכנתות דנהיגי הגם דתנאות המוקדמין אינן כעין ולהוצאה ניתנו מ"מ ע"י קנין סודר שנעשה בשביל ההודא' ובשביל עיקר השכירו' זכה השוכר ומעתה דכבר פשטא ההודאה לקנות ולשכור בק"ס ומעתה שפיר זכה ראובן בדינו

ואחרי מופלג ראיתי להרב ידיו של משה בח"מ סי' כ"ו דכתב וז"ל ואע"פ שכ' הרב בעל העיטור כו' כבר כתב הט"ז דאם אמר למלוה כו' ע"כ הנה הרב ז"ל אתי עלה מדין חזקה דסמיך עלה הרב ט"ז ומינה בנדון דידי' והא לא מכרעא דחזקת לך חזק וקני שאני דהשתא קא קני קנין גמור אמנם בשטרי משכנתות דידן אין כאן שום ליבנא דחזקה דלך חזק כו' ואי משום חזקה דאכילת פירות הא לא קניא וכמו שעמד על זה הרב מט"ש שם גם לא אתי עלה מטעם הק"ס וכאמור דמשמע דמפשט פשיטא ליה דאין עיקר הק"ס אלא לעיקר ההודאה אין נעל' לקבל ולא על עיקר קנית השכירו' ואי הכי דהכי פשיטא ליה א"כ תיפוק ליה מדין הודאת בע"ד וטענינן דנעשה הדבר כדינו הראוי לו וצריך עיון

הצעיר **אליעזר די טולידו**

סימן ג

שטר שבא לפנינו בסגנון זה ראובן דפתח חלונות מביתו לחצר שמעון ושמעון מטעם דטוב שכן קרוב כו' לא מיחה בו אך בקש ממנו אזת אמת להיות בידו לראיה גמור' שכל עת וזמן שידרוש ממנו שמעון לסתום החלונות בלתי סיבה חייב ראובן הנז' לסותמם לפנינו עדים ח"מ הודה ר' הודא' גמו"ק איך קושט"א קאי דשמעון עשה עמו חסד של אמת לפתוח חלונותיו ולא מיחה בו ונתחייב ראובן בפנינו חיוב גמור כו' שכל עת וזמן שידרוש ממנו שמעון וב"ך על דבר החלונות לסותמם כן יעשה בלתי שום סירוב וטענה כלל לא טענת חזקה ולא שום טענה אחרת כו' וקנינו כו' עכ"ל השטר ומתו ראובן ושמעון ובא בפנינו בן שמעון ותובע מבן ראובן שיסתום החלונות כאשר מפורש יוצא בשטרא דנא המוצג קמן

ונסתפקנו לאורה בהאי ליסנא דשטרא דלא כתיב ב"ך אלא לגבי ש' בעל החצר ברם לגבי ראובן בעל החלונות לא כתיב ביה ב"ך אלא כתוב בזה הלשון שכל עת וזמן שידרוש ממנו ואיכא למימר דאין כונתו של ראובן לגרוע כח בניו שלא יהא נאמן לטעון טענת חזקה או טענ' אחריתי ודייק ליסניה דר' באומרו ממנו וכמו שמצינו בסוג' דפי"ן דקכ"א ע"א שדרשו הכי בפסוק ואיש ישראל נשבע כו' איש ממנו לא יתן בתו לאשה לבנימין ואמרו בגמ' מאי דרוש ממנו ולא מבנינו עד כאן הרי דלא נפלאת היא ולא רחוקה למעט במאי ליסני' דתיבת ממנו לבניו אחריו ועדיפי' נ"ד דנחית הבעל חצר למנקט בדבורו הוא וב"ך ופירש לגבי דידיה ולא לגבי ראובן בעל החלונות וכיון שכן אפשר דלא נתכוון לגרוע כח זכות בנו

והנה לא שייכא הכא מאי דצידד הר' מהרא"נ"ח ח"א סי' ס"ו דקי"א ע"א דעד כאן לא פליגי ת"ק ורשב"ג אי אמרי' לי ולא ליורשי או אפי' ליורשי היינו דוקא בשאר קרובים אבל בבנו אדכ"ע לי ולבני משמע דבן כרעא דאבוה הוא יע"ש וא"כ נאמ' שהכא בנ"ד דבנו של ר' היינו ר' דבן כרעא דאבוה ומחוייב הוא ג"כ לסותמם הא לא מכרעא דמלבד דכבר אסברא לן הרב כנה"ג סי' ר"ו הגב"י אות מ"ב דאין כונת הרב מהרא"נ"ח לפום דינא אלא לענין שקלא וטריא בעלמא דלענין דינא הרי הוא מבטל דעתו מפני הראשונים

עוד נמי לא שייכא הא דמהרא"נ"ח הכא דהא תיבת ממנו בנ"ד היא סוגי' מפורשת דממעט בנו אחריו ולית מן הראשונים דאמרי לסוגי' הלזו היא לדעת רבנן דס"ל לי ולא ליורשי דא"כ לדעת רשב"ג היכי התירו לשבט בנימין אלא משמע דהאי מיעוטא דתיבת ממנו הוא מוסכם לכ"ע ולא פליגי בזה ועיין שם להרב כנה"ג אות נ' דכתב וז"ל ואפי' תימא שדעת מהרא"נ"ח לחלק בכך יחידאה הוא בדבר זה ואפי' ימצא מי שיעמוד בסברתיה כיון דאיכא

דאיכא מרגוותא דסברי להפך דה"ה נן המע"ה יע"ש ובנדון דידן הנס דארעא הוא של שמעון והש' הוא בחלונות מ"מ כבר עלתה הסכמת גדולי האחרונים דדיינינן שב ואל תעשה עדיף ושכנגדו גונב ושותה מטעמא דבשלי אני גונב.

וכי תימא דאין ראיה מוכחת מהאי סוגיא דפ' יש נוחלין הנז' למימר דבכל דוכתא דאמרינן ממנו הוא למעט בנים ועדיפא ממשמעות לי דפליגי בזה רבנן ורשב"ג דאפ' לטעמ' דהותר שבט בנימין לישא אשה משאר השבטים כמשביעים היינו מאחר דקי"ל דכל דבר דהוי בינו לבין יוצרו נאמן אדם לומר לזה נתכוונתי ולא לזה והשבטים פירשו שבועתם לפני זקני העדה דלא היתה דעתם אלא מהם דוקא ולא עלה על דעתם לאוסרם אפי' מיוצאי יריכם ומכח דבריהם ליותר יפוי כח דאמת יבגה היכם דהכי היתה כונתם דלא ביטו נפיהם אלא איש ממנו אשר מטעם זה לא שקלוטרו בעלי הגמ' אי אתיא כרבנן דוקא או אפי' לרשב"ג אלא האמת הוא דאפי' כרשב"ג אתיא כך סוג' ומטעמא דאמרן ברם בשאר דוכתי' נשאר הדבר לפלוגתייהו דרבנן ורשב"ג ואם כן נאנו למאי דליעדד הרב מהרא"ח. דבבנו לא פליגי

הא נמי לא מכרעא דמאחר דכבר אסברא לן הריב"ש ובלאו הכי קיי"ל לן דדייקינן לישנא דשטרא כמו דדייקינן לישנא דמתני' וכ"ש היכא דכתבי סופר בקי כגונא דנ"ד דהוא אחד מן הסופרים המומחין דאיתיה נמחא והוא מן הת"ח הרבנים וראינו כתוב לגבי בעל החצר דהוא שמעון ובנ"ך אמנם בעל החלונות דהוא ראובן לא כתיב ובנ"ך אמרינן דבדוקא נקטי' ולא רצה ר' לגרוע כח בנו דלא יהא נאמן לו' שום טענה או חזקה או מכירה

וראיתי למהרח"ש בתורת חיים ח"א סימן מ"ו דנשאל על ר' דפתח חלון לחצר ש' והיה לו היזק ראיה ונתרצה ש' דיכתוב איך החלון פתוח יהיה כל ימי חיי ר' וכו' ואחר פטירתו יהיה רשות לש' לסתום החלון הנז' ולא יוכל לטעון כי ש' מחל על החלון אף אם יעברו ימים רבים לא יחזיק בחלון וזה הבא מכחו כי ש' אינו מוחל החלון ולא יועיל שום חזקה ושום טענה כו' ומת ר' ונשאר החלון פתוח בימי יורשי ר' ולא מיחה ש' ואח"ך מת ש' והוריש' לבניו אחריו ועברו עידן ועידנין בפתיחת החלון ושוב בא בנו של ש' ותבע שיסתום החלון כו' והשיב הרב בדס"ד ע"א וז"ל ועוד ירא' דאפי' אם נאמר שמה שכתוב בשטר ואף אם יעברו ימים רבים ושנים הוא אפי' בחיי ר' כו' שהדין עם המחזיקים וטעמא מפני שהתנאי לא היה אלא שש' יוכל לסתום וכמ"ש בשטר וז"ל אמנם אחר פטירת ר' הרשות ביד ש' לסתום וכו' הרי שלא נתנו רשות לש' ובנ"ך אלא שיהיה רשות לש' ולא לב"ך וכל שהחזיקו בפני ב"ך מהניא עכ"ד

הרי דאסבר' לן מהרח"ש ז"ל דדייקינן לישנא דשטר' דכל היכא דגלית לכתוב ב"ך לגבי דידיה בעל החצר ולא לגבי בעל החלון מהניא חזקת ב"ך דלא נתכוון ראובן בעל החלון לגרוע כח הבאים אחריו וכמ"ש וכל זה שכתבנו דמהני לאורה בנ"ד טענת ב"ך של ר' בעל החלונות הוא אם החזיקו ב"ך בחיי שמעון בעל החצר וכגוונ' דנדון הרב מהרח"ש וכדכתיבנ' האמנם אם מת שמעון בעל החצר קודם מיתתו של ר' דאז חזקת ר' באפי ב"ך של ש' לא מהני דהא כבר התנה שמעון דלא יועיל שום חזקה ושום טענה כלל א"כ אחר פטירתו של ר' דבאו ב"כ של ש' לסתום החלונות דהא מפו' יוצ' בגופא דשטר' דחזקת אביך מנן שוים בין בחיי אבי בין בחיי ובזה יש לדון לאור' ולהפך נזכות ב"ך של ש' דשפיר קא טעין ברם הא לא מכרע' דהא מאחר דבאנו לידי מידה זו דדייקינן לישנ' דשטר' דלא רצה ר' לגרוע כח בניו ושמי בידיה לבוא בטענת חזקה וזכות א"כ כי היכי דהוה ש' קיים הוא מצי טעין ב"ך של ר' טענת חזקה וזכות ה"נ מצו טעין ב"ך של ר' לב"ך של שמעון ויאמר לו למאי קא סמכת להאי שטר' דכתיב ביה ב"ך האי לישנא אינו במשמע אלא לגבי ר' אבא דלא הוה מועיל ליה שום טענת חזקה לא בחיי אביך ש' ולא בחייך

האמנם כל לגבי דידי שאני ב"ך של אבא נמה כחך לבא עלי ולגרוע כחי ולסתום חלונותי מאחר דהחזקתי ג' ימים דהחלונות פתוחות וכבר ידוע סברת הגאונים ז"ל והרמב"ם ה"ד בטור סי' קנ"ד סט"ו ומרן בש"ע שם וע' להכנה"ג הג'הט אות מ"ה מט"ש אות מ"כ לחם שלמה דף קט"ו ע"ב וא"כ מצי בן ר' לבוא בטענת קי"ל כהגאונים דלאלתר הוי חזקה וראית' ומחלת ואין לך כח לגרוע זכותי

וכ"ת הרי כתב הריטב"א ז"ל בתשו' הביאה מרן ב"י סעי' י"ן וז"ל כתב הריטב"א בתשו' פתיחת החלונות בחזקת הבתים בעי שלשה שנים וטענה והאומר בראה ושתק שגי אין שומעין לו ואפי' לדברי האומר כן ה"מ שראה בש"מ ושתק שהיה לו למחות ולא מיחה אבל כל שלא היה לו למחות בשעת מעשה כגונה שהזיק מחי' בנכסי א"א ראיה ושתיק' דבאי כוחה דאחר כך אינה כלום עכ"ל . הרי לכאורה דאפי' להגאונים ז"ל ודעימיה ע"כ לא אמרו דלאלתר הויא חזקה ואמרי' דמחל אלא דוקא היכ' דהשתיקה היתה בשעת מעשה דאז יש לבוא עליו בטענת אלימת' דאם לא מחלת למה שתקת אטו יאכל הלא ואדי האמנם היכא דברצון בעל החצר פתח החלונות ולא אפשר למחאי בידיה אם אח"ך שמי בידיה דב"כ של בעל החצר למחות ולא מיחה וכגוונ' דנ"ד א"כ מאין הרגלים לומר שא ראית ומחלת מדשתקת והרב המגיד ז"ל פ"ו הלכה ו' כתב וז"ל כבר כתבתי שדעת המחבר ורבו דיש חזקה להיזק ראיה כשהניזק רואה שעושין מעשה כנגדו ושותק על כאן מספט האי לישנא של ה"ה דלא אמרינן ראה ושתק אם לא בראיה דמעשה וקי"ל לה"ה דאפוטי פלוגתא לא מפסינן ואמרינן הבו דלא להוסיף עלה והיינו לו' דס"ל להגאונים ז"ל דלא בעינן שלש שנים וטענה

וטענה אלא לאלתר הוי חזקה בראיה מעשה שחלון דוקא אבל לא בראיה שלא בשעת המעשה ומאי דכתבו הראשונים מכי אתבריר נזקיה וראה ושתק ולא מיחה דהוי מחי' היינו נמי ראיית דשעת מעשה ועי' למהרא"ש שם ח"א סימן ג' דנשאל על ראובן דפתח חלון על חצר חבירו וערער עליו חבירו ונתפייס חבירו על ידי מסך מבדיל דעשה נגד החלון ובמשך הזמן נפל המסך ולא ערער חבירו ולאחר זמן ערער וראובן בא בטענה דכיון דראה ושתק מחל והשיב הרב דלכאורה היה נראה דהדין עם ר' כיון דראה ושתק כו' ולבסוף הביא דברי ה"ה הנ"ל וכת' וז"ל ואיכא למידק מדיוק לשונו דדוקא כשפותח חלון דאיכא מעשה וכשכנגדו שותק כו' , אבל הכא שלא עשה שום מעשה אלא ראה דנפל המסך אפשר דגם הרמב"ם ז"ל מודה כו' עכ"ל , ומינה לכאורה נ"ל לא מלו נ"ך של ראובן לבוא בטענה לא לגבי שמעון בעל החצר ולא לגבי באי כחו כהזקתי בפתיחת החלונות מדלא מיחה לא ש' ולא נ"כ דהא ליכא מעשה אלא ראיה בעלמא ואנן מעשה בפועל בעינן והא ליכא ויש לעמוד על הרב מהרא"ש דלא העלה בדבריו תשו' הריטב"א הנז'

ואיברא דראיתי לשני גדולי הדור ז"ל דנשאלו על נדון הלז של מהרא"ש ה"ה הרב מהר"ש חסון ומהר"ש יונה סי' ל"ה וסי' ל"ו הביא דבריהם הרב לה"ש דקי"ח ע"ב דמתחילה נסתפק מהר"ש חסון בהאי דינא אי מהני חזקה בלא עשיית מעשה בפועל והביא תשו' הריטב"א ז"ל הנז' ופי' דבריו דמ"ש הריטב"א ואפי' לדבריו כו' הוא לטענת ג"ש שסובר דמאן דס"ל דלאלתר ובלא טענה היינו במעשה בפועל ולפיכך סגי לאלתר אבל שלא בשעת מעשה בעינן שלש שנים לבד וטענה לא בעי יע"ש שהכריח כן ממ"ש הריטב"א ז"ל בהי' ובא רעהו הרב מהר"ש יונה ואחר דנשא ונתן בדברי מהר"ש חסון כתב וז"ל ומ"מ לא ימלט הדבר ממחלו' דודאי איכ' מרבוות' דס"ל דמהניא חזקה לאלתר בלתי עשיית שום מעשה וכ"ש אם עמדו ג"ש ולענין שלא להכריע לבעל החלון ודאי בעל החלון מוחזק כו' וכן קבלתי מרבותי דלעולם להכריע לסתום בעל החלון הוא המוחזק אפי' שלא החזיק ג"ש ובא בטענה כו' אלא מחמת סבלונות שהנכנס בעל החצר יכול לבנות ולהאפיל עכ"ד

והרואה יר' דמה שכתב הרב לה"ש ז"ל ומהר"ש יונה כתב דאף בלא חג"ש בלא טענה החזיק בעל החלון כיון שראה שנפלה המחיצ' ולא מיחה' ע"ש לדידי אינכונ' פסקו של מהר"ש יונה מטעמ' דאיכ' הוכחה על המחיצה ומש"ה זכה בעל החלון ומינה היכ' דליכ' הוכחה לבעל החלון לא מהני חזקה מאחר דליכ' מעשה בפועל אלא לענין דינ' נ"ל מלי ר' לבוא בטענ' קי"ל ואפי' דליכ' מעשה בפועל וכדאמרן אלא הרב מהר"ש יונה ז"ל שכתב כיון שראה שנפלה המחיצה ולא מיחה הוזיק הנה הנה כותבים והולכים שם בדמ"ג פ"א על ראיית תשו' הריטב"א שהביא מהר"ש חסון להחלמד לנדון דידיה דכיון דליכא מעשה לא אמרינן ראה ושתק ומחל לזה השיב שפיר דלא דמי לתשו' הריטב"א דמעולם לא נתקררה דעתו של בעל החצר בפתיחת החלון אם לא בבנין המחיצה כדי שלא יזוק בראיה א"כ היכא דנפלה המחיצה וראה ושתק ולא מיחה איכא הוכחה דמחיל ומאי ראיה מייתי מתשו' הריטב"א וזהו נר' כונת מהר"ש יונה ז"ל

אמנם ראיתי להרב מט"ש שם הגב"י אות ז' דהביא פי' מהר"ש חסון על תשו' הריטב"א ז"ל דפי' דאם הוא שלא בשעת מעשה בעינן ג"ש והסכים לזה מהר"ש יונה יע"ש מש' שהבין הרב מט"ש דלא פליג מהר"ש יונה עם מהר"ש חסון גם מדברי הרב כנה"ג ס"ק ז' אחר שהביא האי ש' הר"ש חסון סיים וכן הסכים מהר"ש יונה לעיקר הדין יע"ש ומריהוט לשונו מש' דל"פ ולדידן נראה כמו שכתבתי

והנה אפשר להביא ראיה מתשו' הגאון ז"ל דהביא הטור שם סעי' ל"ח וז"ל ב' אחים שירשו קרקע לאחד נפל חצי החילון וכו אמת המים והעביר הפנימי על החילון אמת המים כדרך שהיו עוברים בחיי אביהם אחר זמן סתם החילון האמה כו' וטען הפנימי שכבר החזיק כו' טענתו טענה כיון דשתק מחל לו והוי חזקה מיד ע"כ , הרי לכאורה הגם דלא החזיק בשעת מעשה הפעולה דהיא עשיית ובנין אמת המים אמרי' ראה ומחיל ומינה לנ"ד הגם דליכא מעשה בפועל אינו יכול לו' סתום חלונו' ואיברא דכפי זה אשתמיט מיניה מהר' מהר"ש חסון דבדברי התשו' של הגאון הלזו ליכא לאדודי כמו שלידל בתשו' הריטב"א דהכא קאמר הגאון דהוי חזקה מיד דמש' לא טענה ולא ג"ש

וכן ראיתי למרן החבי"ב שם הגה"ט אות ל"ב שכתב וז"ל והוי יודע שתשו' זו חולקת עם הריטב"א כו' ושמא יש לחלק בין היזק ראיה שאינו ניכר להחזיק באמת המים דהיזק נראה וניכר הוא ול"ע עכ"ל ומדבריו נר' דיותר מש' ליה למרן החבי"ב דתשו' זאת של הגאון חולק' עם הריטב"א

וראיתי להרב מט"ש שם הגה"ט אות ע"ה שהביא דברי הרב כנה"ג וכתב עליו ואין דמיונו יפה דהתם בתשו' הריטב"א אין שום מעשה מחדש אבל הכא זה בא ועשה חריץ מחדש ועוד כו' , היאך מדמה כו' דהכא אחין שחלקו הן דהוו לוקחין אטו אם אחד לקח בית בחזקת חלונות פתוחות וכי צריך שיעשה מעשה שלוקח הא ודאי ליתא דהא מכח בעל החזקה קא אתי ה"ה באחים דכיון דחלקו הרי הם כלקוחות ואם החזיק ג"ש מהני ליה כיון דמעיקרא אלו כשותפים מוחזקים הם ודוק יע"ש

ובשאני לעצמי לא שמיעא לי לא זה ולא זה דמה שכתב דזה עשה חריץ מחדש

מחדש קמ"ה דמי גילה לו כן לכתוב בפסקיו' דהענין והנדון של הגאון אינו אלא דאח הפנימי עשה מחדש הריץ בשביל לשאת המים וזה אינו. דמשמעות הענין של הגאון ז"ל דהשתא שהוא דהחריץ מימי אביהם הוא קבוע לשאת המים בכל פעם ופעם כדי שלא יתמוטטו הירקות והזרעים וזהו לשון הגאון וזו אמת המים שממנו היה משקה אביהם כו' דמשמע שלשון זה דהשקאה לגן הפנימי היה תדיר והנה דהרמב"ן הביא דבריו מרן הב"י סי' קנ"ג סעי' כתב דיש חילוק בין אמת המים קבוע לשאינו קבוע אלא עראי ומפרש הכוונ' שאינו קבוע יעו"ש בה לא הכריע לזה שכתבנו ועי' נמי להרב פרישה שכתב על דברי הגאון ז"ל והני אחי מ"מ נראה דבזה כ"ע מודו דלא בעינן ג"ש וטענה דכיון דאמת המים זו כבר היתה בימי אביהם והכירו כמו שהוא אמרינן דמחל יעו"ש הרי דאסברא לן הרב דטעמו של גאון הוא מאחר דאביהם היה משתמש והולך בכל השדה הפנימי והחיצון בשימוש החריץ הזה ואחר החלוקה הניחו על עמדו ונשתמש אחיו כאשר היתה באמנה מימי עולם בחיי אביהם הרי זה הוכח' על המחילה וכוונת הרב פרישה הוא דהגם דשעור ס"ל דבעינן חזקת ג"ש וטענה אפ"ה מילתא כדנא שאני ולפי זה אודא לן מה שכתבנו דאמו'. הגאון הולכת עם הריטב"א באופן דהנדון של הגאון הוא דהחריץ כבר היתה באמנה בימי אביו וליכא מעשה מחדש ומה שכ' עוד הרב מש"ש דכיון דאלו השותפי' מוחזקים היו ואין שחלקו כו' אינו. אם ר' לקח בית כו' הא ודאי ליתא כו' עכ"ל הרואה יר' דמה דמות יערוך דהתם בלוקח בית בחלונות פתוחות דכבר נעשה המעשה מעיקרא בפתיחת החלונות וכבר החזיק הראשון כתה"ל והא"ך לקחם הלוקח ודאי דאיכא למימר מה מכר ראשון לשני כו' ברם למאי דקיימינן הכא באחין שחלקו דמעיקרא לא היה הוא זכיה וזכות וחזקה בעשית פתיחת החלונות דה'ליכא הוא שליטא וזכיה לאחריני אלא איהו ניהו בעל החלון והאויר החצר באופן דאין נעשית פתיחת החלונו' הוא מעורר ובשעת החלוקה לא עלו בדעתם לעלות בומת אויר החלונות אלא חלקו בסתמא נמצא דליכא אלא שתיקה בעלמא והשבינן ליה כמי שבאו שניהם אחר החלוקה לעשות בבת אחת זה לפתוח חלון וזה לבנות באוירו דאין כאן שום קדימה בחצר וכיון דאין כאן אלא שתיקה בעלמא אין כאן חזקה וכמ"ש גם הרמ"ה בהי' לפ"ק דב"ב ע"ג סימן ע"ב וז"ל הילכך הא"ג דשתיק חבריה ולא מחי בידיה לבתר הוקה ומשהתיה להאי חלון לא קי"ל חזקה דלא אשכחן חזקה בשתיקה בעלמא אלא היכא דעבד זה המחזיק מעשה וחזיה חבריה ושתיק כו' אבל בשתיקה גרידתא לא יעו"ש וכיון שכן עינא דשפיר אזי הרב כנה"ג למכתב והוי יודע דתשו' זאת של הגאון חולקת עם הריטב"א כו' ואיברא דבעי נעם תשו' הגאון ה"ל דעל מה וע"מ החזיקו לאח הפנימי בהעברת המים של האמה שלו ואי משום דהגאון מיירי שלא אחר מיתת אביו וכמ"ש הרב כנה"ג סי' קע"ג הגב"י אות ו' יעו"ש והרב ב"ה סי' קנ"ד מכל מקום מה יוכיחנו מאי דהחזיק בלתי מעשה בפועל

הכלל היעולה לפום דינא לענין נ"ד דלא באו בני ר' הנז' בטענת מכירה או שום טענה אחריתי אלא כך מצאתי בימי אביו ויש כמה שנים דלא ערערת עלי א"כ באנו לפלוגתא דרבוותא ואם באי. הוא של ש' בעל החצר רוצה לבנות בנין שמי בידיה לבנות בטענת קי"ל ובשלי אני בונה ואם אינו בונה אלא רוצה לסתום החלונות אינו יכול משום דהוה ב"ך של ראובן בטענת קי"ל וכמבואר

אליעזר
רי טולידו

סימן ד

עובדא הוה בר' שהיה לו בית סמוך לבית שמעון ובא ר' ופתח ג'אמליק בביתו הפונה ע"ג קרקע החצר של ש' ליהנות מן האורה מצד אויר אוירו של ש' מפני שביתו של ר' לא היתה אורה כמאירה לה והיתה חושך אפילה וראות ש' האידינלי'קים שפתח ר' על גבי קרקע שלו היה רוצה לסותמן ור' היה משיב כנגדו דזה זמן רב שהיו פתוחי' האיידינליקים שם והולך ש' לבוא בדינא ודיינא ובאו להתדיין לפני רבני הדור בי דינא רבה של מתא באלא"ש וסדרו טענותיהם לפני ב"ד הצדק ונשאו ונתנו בה' ועלתה הסכמתם לחייב לר' לסתום כל האידינלי'קים שפתח ולא ישנה דבר שכך שורת הדין מחייבת וזה לשון

המעשה ב"ד עמדו לדין רו"ש על דברת האידינ'ליק פתוחות מחצירו של ר' לקרקעו של ש' ותבע ש' מר' שיסתום האידינליקים מאז ועד היום הניחם פתוחים יען שהיה קרקעו חרבה ועתה הוא עלה ברצונו שמ' לבנות שם בנין וראובן השיב שכיון דהאידינליקים הנה הנם פתוחים מזה זמן רב כבר החזיק בהם ולא יוכל לסותמם ונתעלמו ביניהם בטענות ואנן בי דינא אחרי שמוע טענותיהם ראינו שורת הדין שאין לראובן שום דרך זכות וחזקה באלו האידינליקים והרשות נתונה ביד ש' לסותמם אלא שזה"ך הוכשר בעינינו והלינו פני שמעון שעד ששה שנים רצופים יניחם החלונות פתוחות ואפי' שיעלה ברצונו לבנות בחרבתו יבנה אותו באופן שלא יאפיל להחלונות הנז' והקנה ש' לר' גוף הקרקע שבמקום האידינליקים לשימוש האויר לזמן ששה שנים רצופים נמנים מהיום באופן שעד סוף ששה שנים יהיו האידינליקי'ם הנז' פתוחות ובהשלמת זמן הנז' רשאי שמ' וב"ך לסותמם בכל עת וזמן שיעלה ברצון שמעון לבנות או שיהיה לו שום היזק ראיה אף בלא מחאה כלל ור' לא ימחא בידיה ודלא כחדא למיקם ועל דברת השני החלונות גדולות חוץ מהאידינליקים שמהאחד צופה ומביט לצים קולה והאחרת צופה ומביט לגינתו של שמעון הראשון התם רואה הבינה רשאי לסותמו מעתה והב' עוד חזון למועד יעמדו לדין וכתורה יעשה ולמכתב להוקיהו

נחקיתו באנו עפ"ת שנת **התקפ** על כאן לבון כמעשה ב"ד והחיוני עליה הרב מהר"י אלאטיף ז"ל ולישרן שמיכין עלוכי ואחר קצת ימים הלך ר' לפני דייני הבאקו'ף יאולי ימצאון לו זכות בעד החלון הפונה לאיסקאלה וכראות שמעון שהלך ראובן לפני ערכאות דייני הבאקו'ף הלך ש' לפני הר' מהר"י אלאטיף ז"ל ונטל רשות להתדיין לפני דייני הבאקו'ף והוצרך שמעון לפזר הך המש מאות גרו'ש מו"מ כדי להביאם לדייני הבאקו'ף כדי שיראו החלון נו' ונתנו לו לשמ' דייני הבאקו'ף כתב ראיה נידס הנקרא איל'אם איך אין לראובן שום זכות בחלון נז' ובתוך הזמן השטה שנים הנו' בא שמעון ומכר את חצר הבתים ואת ההרבה כל זכותו אשר היה לו ללוי שהיה דר בבתים הנו' בתורת שכירות ולר' הנו' בעל ריבו חלק כחלק שזה בשוה ובא ראובן והשכיר בלוי שותפו ע"י רעים אהוביש שישכיר לזמנים בחצר השות' לפתוח בו חלונות והאידגליקי"ים יען שהאידיגליקי"ים הפתוחות עת' הן מעט מזער ואין זה מספיק כדי ליהנות מן האורה שעדיין ביתו צריכה לאורה ולוי כדי לאהוב את השלום עם ראובן שותפו הודה לדבריו והשכיר לו מקום כדי שיפתח ראובן חלונות ליהנות מן האורה וזה נוסח השטר לפנינו עדים ה"מ השכיר לוי את ראובן את כל חלקו אשר לו בקרקע הפנוי שבתוך חצר הבתים הנ' במשך כל אורך הבנין של הבית של ר' לזמן שהבנין של המולק"י הס"ב הוא בשותפות ואפי' עד ז' שנה ב"ג כדי ליהנות השוכר וב"ך מהאורה של הקרקע לפתוח בו חלונות וגם השכיר לו לבנות ג'אה'ראקי אחד ע"ג קרקע נו' באורך וברוחב כנ' והמי שולאת בנין הג'אל'ראקי הוא בשותפות ולמני השכירות הוא מחלקו של לוי כך המשה גרו'ש להדש גו' עכ"ל השטר ׳ ואחר קצת ימים בא ראובן והוציא מגג ביתו כנף הנקרא שאג'אק ע"ג חצר הבתים הנו' ונוטפים מי גגו על קרקע המשותף ובא לוי וצווח ככרוכיא על ראובן ע"ת וני"מ אתה מזיקני בהוצאת הכנף יע"ג זכותו ור' השיבו מה אתה מתרעם עלי וכי לבדך לקחת את הכ"ב הנו' והלא גם לי ולך זכותינו שוה בשנה והיה לוי מחזיר אחר ר' כדי שיסתור את הכנף והיה ר' דוחה אותו בקש מה העשה שאני מתיירא מן הבקוף אם אתה רוצה לסתור את הכנף סתור ולאזהו פרק באותו זמן בא לוי לפני אחד מהמורים ההגונים היושבים על כסא ההוראה' קובל ומתרעם דע"מ וע"מ העביר לו את הדרך על ידי הוצאת הכנף הלז ויהי כמשיב ללוי במתק שפתיו אל תתבטל ממלאכתיך אני בעצמי אטפל בזה ואל הצטרך לבוא בדינא ודיינא וכנסו דבריו באזניו וע"י כך נח רוגזיה של לוי ואחר ימים פורו ממון בהוצאה'ורעוני גינה בקרקע של ההרבה נו' זמאשכות ירים ונעשה שדה גינה ולטיות שר' במשך זמן השטה שנים קודם המכיר' בא ר' ופתח פתח אחד קטנה מביתו על ההרב' ויען שמש' באותו פרק לא היה דר בביתו בהלירו לסיבת מה ונשאר חצר הבתים הנו' מבלי יושב ובאו הנכים רקים ופוחזים וקבעו דירתם שם ועשו שם בית ועד לזנות וע"י"ן ברחו כל השוכרים מבתיהם וע"י"ן בא ר' ועשה כרצונו ועשה שם פתח קטן ועתה אחר המכירה וכבר פרו ממון לזרעוני גינה בא ר' ופתח קטן שהיה לו עשאו גדול ובא לוי קובל ומתרעם ע"ז ולא הישה את אזנו ושלח שלי' ב"ד וכבר קרבו ימי החג ולא היו ימים מועטים על שבא ר' כו' ורוצה לבנות דלתות להלונות ולהאיידינלקי'ס בכתה בשעת השכירות וכראות לוי שר' מסדר לעשות כאדם העושה בשלו קרבו ויאתיין בפני ב"ד הצדק ועתה שמעתי באומרים לי דאפשר לזכות לר' לבנות דלתות על גבי חלונותיו והאידיגלי' ואני בער נבעלתי משמוע דלדידי חזי לי דטענת לוי שותפו טענת מספקת היא וזו אינה צריכה לפנים כאשר אהוב דעתי בע"ה ו.ה השלי

הנה ראשית כל בתחילת השקפה נר' מאהר לזכות ר' הבא בשאלה אינו אלא מכח השכירות שהשכיר לו לוי ובעת וזמן השכירות פירשו דבריהם המש' והשוכר שהשכירות הלזו הוא כדי ליהנות מן האורה של הקרקע כו' נמצא דאין כאן שכירות קרקע עצמו כלל אלא כדי שיהנה ראובן מהאור דהיינו הקרקע לאורה ומעתה אם יש כח ביד ר' לבנות הכנף הנקרא שאג'אק בנוטפים מי גגו וגם דלתות לחלונות אשר לא בא ונהיתה בעידן השכירות א"כ הוי היזק והפסד גדו' ללוי הן בדיני ישראל והן בדיני או"ה בדיני ישראל דילמא למהר יבא ר' בטענ' שאחר זמן ועידן השכירו' קנה ר' משותפו לוי עצמות וגוף הקרקע כדי להוצי' שאג'אק לשפוך מי גגו ולבנות דלהות על החלונות והאיידינליקי'ס וגם אפ' מת ר' טענינן ליורשיו מאחר דבשטר השכירות לא הוזכר בגזיה אלא אורה ולא פורש שם הוצאת שאג'אק והוצאת הדלתות ולא מבעיא אם שטר השכירות באריכות הזמן אינו בנמצא כאשר הוא במקרה ה. מנים דאז טענינן ליורש דמוריכו כונס בתוך שלו היה מלהוציא כנף לשכוך מי גגו וגם דלתות לחלונות ולא לייתינן ליה ללוי שותפו בטענתו שטוען דר' כל זכותו אינו אלא מכח שכירות מאור דוקא והיה לזמן מוגבל דוקא דאמרי' ליה לדבריך איך בנה ר' דלתות ושאג'אק אלא ודאי דכונס בתוך שלו היה מוריש לחזקת נטפי חזקה גמורה היא וכדאמרינן בפ"ק אחזיק לנטפי כו' וכ"כ המרדכי שם משמון של הראשונים דבחזקת נטפי טענינן ליורש יע"ש וגם מדבנה ר' דלתות על החלונות מינה דכונס בתוך שלו היה וכמבואר באי טענה סו"פ חזקת לענין זיזין וכן בפ"ק די"ב לענין מונך דטענינן ליורש וללוקח ׳

וכן ראיתי להרב עלות ביצק: סימן קמ"א דהביא תשו' מהרי"ט ה כא"ה במרדכי סו"פ חזקת זכתב ג"ל שמעינן מדברי מהר"ש דאז ר' היה לו בתים סמוך לחצר ש' והיו יורדין מי גגו על חצר ש' והיו יוצאין מקורות הקירוי ולא רעפיו כנף כו' ור' טוען שהנה כל מה שתחת הכנף הוא שלו דכונס בתוך שלו היה כו' ומינה נמי דאז ר' זה הוא יורש או לוקח כו' טענינן ליה כו' ולא פליגי תשו' רבני צרפת כו' שכתבו דיכול לבנות תחת הכנף

הכנף של קירוי לכא דמהרי"ט ז"ל דהתם מיירי בכגון שאין לראובן בעל הכנף כו' יעו"ש

הנה למדנו מזה דהוצאת כנף בנוטפים וגם דלתות וכגונא דנ"ד אם מת או מכרו טענינן ליורשו וללוקח דמורישו בונה בתוך שלו היה ומפני הארץ על גוף הכנף כל אותו אויר מה קי' ליה בחזקת ר' ואין בטענת לוי ממש שטוען דראובן מדין שכירות ירד לקרקע לאורה דוקא ואם לא היה בנין הכנף והדלתות לא מגרעה כחו של לוי אם שטר השכירות אינו בנמצא דיכול לבנות בשלו כנודע וזהו כשהשטר אינו במצוי אלא אף אם שטר השכירות על עמדו יעמוד ולא איתרע ביה מילתא כלל ומפורש בו דאין זכותו של ראובן על שדה זו בכתיבת החלונות אלא כדי ליהנות מן האורה וכיון דכן אף אם רוצה ר' עכשיו להוציא כנף על פני אורך גגו וגם דלתות מה בכך הרי אין כאן חשש היזק דהרי מפו' יוצא דבתורת שכירות ירד

הא ליתא אלא אדרבה שערא לנא מסייע ליה לר' אם בא ראובן בטענה דאח"ך נתפייס עם לוי שותפו ברצי כסף לבנו' דלתות וכנף מי גגו על פני כל אורך ביתו הגם דבטעת השכירות לא פירש דבר או אלי דבר מזה מ"מ אה"נ נתרצה לוי ומכר מזכותו לר' לבנות כנף ולהוציא דלתות ואם מת טענינן ליורשיו דמורישו זכה במקחו וכטענת ר' אביהם מאחר דכל הזכיות הללו אינן מפורשי' בשטר השכירות ודאי דאח"ך נתפייס לוי ומכר לו זכותו נמצא דע"י אלת' דפורענותא הללו דהיינו הוצאת הכנף ודלתות החלונות וגם הפתח שפתח לצאת ולבא מחצירו לחצר שבות' גורם ללוי נזק והפסד גדול בדינינו וכאמור

ואף גם זאת בדיני או"ה כידוע ומפורסם לכל דבנמוסי הב"אקוף כל זמן דרואין דייני הב'אק ף בנוי כנף ודלתות לבית אזי דייני ככי תורת נימוסיהן דכל גוף הקרקע הנכנס כנגד אורך הכנף והדלתות הנה הוא זכותו של בעל הכנ' והדלתות ואם אינן רואין כנף ודלתות אלא חלונות והאידינליקים אזי דייני דלאורה ליכא שום חזקה ואדרבה כפי נימוסיהן יכול לפתוח חלונו' אפי' לכתחילה

ובית הרי אית ליה לר' ג'ארדאקי אחד בנוי בתוך החצר בתורת שכירות ולא חשש לוי לחשוב מחשבות דילמא באריכות הזמן איתרע ביה מילתא בשטר השכירות שום מקרה במקרה הזמן בנפילה ואבידה ויבוא עליו ר' בטענה דמכר לבנות ג'ארדא'קי ולאו בתורת שכירות ירד וגם אם מת ר' טענינן ליורש כו' וכיון דכן נימא דסמי בידיה דר' לבנות דלתות וכנ' ופתח לצאת ולבוא כאדם העושה בשלו הא ליתא ומגן שויא דהלא כלל מוסכם הוא בידינו דכל היכא דמתרבה ההיזק ממה שהיה מאז ומקדם אפי' כמלא נימא לא שבקינן ליה למזיק לבוא בזכותו של חבירו כלל וכמפורש יוצא מסוגיא דבב"ב חזקת לענין חלון אחד לא יעשנו ב' כו' וטעמא הוא דמתרבה ההיזק על הני"ק

וכן כתב מהרשד"ם ח"מ סי' ת"ט ותס"ד וז"ל שהרי מלינו דבעילה כל דהוא מחזיק' כ"ש בשלו כו' אע"ג דבין הכי ובין הכי לא מרחיב כמלא נימא יעו"ש וכ"כ הראשונים הרמב"ן והרשב"א והר"ן גבי אחזיק לנטפי כו' דטעמא הוא משום דאין בזה תוספת היזק כלל אבל לתוספי' היזק של כלום אין שומעין לו כלל ורב יוסף ה"נ ס"ל דלתוספי' היזקא ודאי אין שומעין לו אלא דהכא ס"ל דלא תוספי' היזק' ולפיכך מי שבא להגביה שופכין כלי שיהיו ממקום גבוה שיה ודאי תוספי' בהיזק הוא והביאו הרב המגיד פ"ח משכנים דין ו' וכן כתב הריטב"א ז"ל הביא דבריו הנמק"י פ' חזקת גבי מרזב וז"ל אמר המחבר הא דאמרינן דיכול לטלטלו מלד לצד היינו בעל החצר אבל בעל הגג אינו יכול בו לעשות שום שינוי שלא מרצונו של בעל שמא ירבה לו נזק כו' הריטב"א והביא דבריו מרן הב"י סי' קנ"ג סעי' י"ב יעו"ש הנה נתברר מדברי הראשונים דמי שהחזיק בדבר קל ובא המחזיק לשנו' אפי' כמלא נימא ודאי דאין שומעין לו' אפי' שהוא בתו' ספק וכאמור

והגם כלום ראיתי להרמ"ה בחי' פ' חזקת סי' רס"ו וז"ל אם בא לשפיל המרזב למטה בעל החצר מעכב כו' אבל רצה להגביה את המרזב יכו' להגביה ואע"ג דקילוהו הוא חזק הא קי"ל החזיק לנטפי החזיק לשפכי אע"ג דנפיש היזקא טפי והטור שם סעי"ו הביא מחלוקת בהאי דינא דמרזב דהרב העיטור ס"ל דאינו רשאי כלל והרמ"ה ס"ל דרשאי והטור ז"ל כתב ומסתברא כהרמ"ה דהא קי"ל אחזיק לנטפי כו' נמצא לכאורה דאיכא פלוגתא בזה

אלא דלענין נ"ד לא מכרעא האי סברא של הרמ"ה והטור ז"ל דהא טעמייהו הוא משום דהא מיהא החזיק לנטפי לא כן בגוונא דנ"ד דלא החזיק בנטפי כלל ולא בכניסה ויציאה ועתה מחדש בא להחזיק לנטפי ולפתוח פתח מחצירו לגינה של השותפים שלא כדת וא"כ שפיר קא טעין לוי הגם דהשכרתי לו לר' זכות בחצירי לבנות ג'ארדקי אחד ולא חששתי דילמא איתרע ביה בשטר' שום מקרה ויבוא ר' בטענת מכירה דמ"מ לא אסניא טענתו של ר' אלא למקו' הג'ארדקי שהוא היזק מועט לא כן עתה דהוציא כנף הנקרא שאג'אק והמטר לו ניתך ארצה וגם הוציא דלתות בחלונות על פני אורך הבנין וגם בנין הפתח לכניסה ויציאה כה"ג טענת לוי היא טענת אלימת' ובני אדם מקפידין ע"ז על שלים ולרביע מנזיקי' כאלו וזהו הטעם הראשון

הטעם הב' דכל מילתא הבא בהנאת ממון בשכירות וכיוצא לא ניתן ליחשב מחשבות ולעלות על לבו דילמא למחר יתרמי איזה מקרה ועי"ז יבוא השו' להחזיק בטענה של מכר ומתנה וכעובדא דרבא ב"ש דבר כזה לא ניתן ליחשב ולא חיישי אינשי דאי ניתן לעלות על לב איש דבר כזה לא ימצא בעולם שישכיר איש ביתו או חצירו משום האי חששא אלא ודאי דלא חיישי אינשי להכי בדבר הנוגע לו להנאתו וזהו מה שנראה בהשקפה ראשונה דטענת לוי הבא בשאלה היא טענת מספקת ומחייבי' לראובן לסתור השאג'אק ולסתום פתחו ואין לאל ידו לבנות דלתות

ומעתה אבוא לכתוב טעמו של דבר השמוע' בשמעתי הנז"ל והוא דיכול ראובן זה לבנות

לבנות דלתות דהא למאי אצטריך שכירות הנו' שהשכיר לו לוי בחצר השותפין כדי לפתוח בו חלונו' והאידינלקים כדי ליהנות מן האויר והאורה הלא אף בלתי הקנאת השכירות היה יכול ראובן לפתוח חלונות ואידינליקים מביתו לחצר השות' כדי ליהנו' מן האורה מאחר דיש לו זכות בחצר השות' להשתמש שניהם גם יחד בגוף החצר הרי ניזוק לוי בעודן על החצר עם ראובן שותפו א"כ מהאי טעמא נמי יכול ר' לפתוח חלונות מביתו לחצר הנו' כיון דסוף סוף הרי שמי בידיה דראובן לאזוקי ללוי שותפו א"כ ודאי לא הוצרך ר' לקנית השכירות הלזו אם לא כדי כדי להוציא דלתות עוד טענא אחריתי יכול ראובן לפתוח ולבנות דלתות ולהוציא כנף מטעם דזה נהנה וזה אינו חסר כיון דאית ליה אורה גם יבנה לו דלתות ע"כ שמעתי טעמו של דבר השמועה

ואשיב על ראשון ראשון כו' אי לטעמא קמא הרואה יראה דהא משנה שלימה שנינו בפ' הזקת לא יפתח אדם חלונותיו לחצר השותפין ואוקמוה בגמ' בחצר דאית ליה שות' בגוויה וסד"א כיון דאית ליה היזק ראיה משותפו בעודן משתמשים בחצר קמל"ן דא"ל על האידנא בחצר הוה בעינא לאצטנועי מינך השתא אפי' בבית נמי כשאתה יושב בבית בעינא לאצטנועי מינך כו' וכפירוש השני של רשב"ם והכין פירשו כל הראשונים וכתב הרמ"ה הם כי' רע"ו ז"ל ושמעינן מינה דכל מאן דבעי להדושי מידי דאתיה מיניה היזקא אי איתיה להוא היזקא גופיה כו' והי קא מפיש בהיזקא דינא הוא דמעכב עליה כו' עכ"ל

הנה נתברר מן הסוגיא ומן הראשונים דמחי' בידיה דשותף לפתוח חלון אפי' בחצר דאית ליה שותפות בגוויה משום דקא נפיש היזיקא וא"כ שכיר שוצרך ראובן בנ"ד לבא בשכירות לפתוח חלונות ליהנות מן האורה מאחר דאילו ליה הקנאת השכירות הלזו דינא הוא דלוי מעכב עליה דראובן שלא לפתוח חלונות ליהנות מן האורה ועוד ליסנא דשטרא המוגה בשלשה מכהים פירוש זה דהא כתיב ביה דהקנה לוי לראובן קרקע לאורה כו' הלא לאורה לא צריך ר' שכירות

ואשיב על אחרון מטעמא דזה נהנה כו' דהלא האי דינא דזה נהנה וזה כו' שורשו פתוח בכמה מקומות כ' כילד הרגל ובפ"ק דבתרא די"ב ושם כתבו התוס' דלא נאמר האי דינא אלא בשכבר דר הז אינו מעלה השכירות דהכי הוי ליסנא דתלמודא הדר בחצר חבירו אבל הא פשיטא שיכול למחות בו שלא יכנס ליהנות מחבירו אפילו לחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר דהוי זה נהנה וזה כו' ע"כ הרי מוכח דמחינן בידיה דראובן אף אם נאמר דליכא שום חסרא דמחזיק עליה דלוי כאשר כתבתי לעיל דבין בדיני ישראל ובין בדיני או"ה מתרבה ההיזק ללוי ועוד דעדיפא מינה איכא למילף מסוגיא הנו' דפ"ק דבתרא דהרי אמרו שם הבוא דזבין ארעא אמיצרא דבי נשיא כו' אמר פליגו לי אמצראי אמר רבא כופין על מ"ש מתקיף לה ר"י כו' מעלינן כו' וה' כרב יוסף תרי ארעתא אחד ניגרא אמר רב יוסף כגון זה כופין תרי ארעתא אתרי ניגרי כו' ומנין דהאי תדויל כו' וכו' כרב יוסף ומתברר מפי' רשב"י שפירש לעובדא קמייתא מיירי בשדה בית הבעל דפעמים ש"ו מתברכ' יותר מזו ומש"ה פליג ר"י דזה לא הוי מ"ש מאחר דישנו תחת האפשרות דאפשר דאיכא הפסד אע"ג דהוא רחוק בתרי אתרמי דמי יימר דאעיקרא נפיל ליה בגורל סמוך לחצר חבירו דאפשר וא' שקול הוא דנפיל הולקא דחבריה סמוך למיצריה ואם תימצא לומר דאיתרמי דנפיל חלקו סמוך למיצר חבירו אכתי מי יימר דאתרמי דמתברכת האי פלגא יותר מפלגא אחריתי ועכ"ז קיל"ן כרב יוסף דלא חשיב מ"ש אף דההפסד הוא זר ורחוק ולא חשיב ר"י מס' אלא דוקא בעובדא תליתאה תרתי ארעתא אחד ניגרא דליכא בשום זמן שבעולם הנאה לזה וחסרון לזה

ומעתה לנ"ד לפום סברת רשב"י ז"ל לא חשיב מס' בק"ו אם אינו רוצה לתת לו רשות לראובן בהני תלתא דפורענותא על סמך כתב ראיה בידו של לוי שותפו מגיד אומר איך לית ליה זכותא בארעא כלל ולא שייך דינא דזה נהנה כו' דהא ישנו תחת האפשרות ואיתיה במקרה הזמן דאתרמי בשטר אבידה ונפילה ועי"ז זה אזלא ליה זכותו וזה ברור מקו' מעובדא קמייתא וכבר בא הדבר מפורש יוצא האי כללא דכל דבר דקפדי אינשי ובא חבריה ליהנות ממלתא דזכותא מחבריה בטענה דימסור לו שטר ראיה איך על כל החסד והתלה הוא ובלא טוען דילמא אתרמי ביה מילתא ואפסיד זכותי שמעי' ליה ושמעתיה טענה וכמו שבא הדבר מבוא' בדברי הראשונים ז"ל הרמ"ה בפ"ק שם סי' קמ"ו ד"ל ע"א ד"ה תדע כו' וז"ל וקי"ל דכופין על מ"ש כו' וכיון דצריכי לנטור שמירה מן העכברים לאו מ"ש היא ע"כ

והכי איתא בתשו' הגאונים הביא דבריהם הרב כנה"ג סי' קנ"ד הגה"ט אות ה' וז"ל ואפי' רוצה ליתן לו שטר שלא עשה זה כו' אין שומעין לו דיכולה לומר לו אם אפסידינו תחזיק עלי יע"ש גם מרן הב"י בתשו' בס' אבקת רוכל סי' קכ"א נשאל ע"ז והשיב וז"ל כיון דשמעון טען שמא יאבד שטרי או יאכלוהו עכברים ואפסיד זכותי הדין עמו דאע"ג דקי"ל כותבין שובר אפדהלוה טוען שמא יאכלוהו עכברים ולא משגחינן ביה הא אמרי' כו' הילכך יכול לעכב עליו משורת הדין בטענת אבידה וכן כתב הרשב"א ז"ל בתשו' ע"כ

והגם דמהר"ח רופא ז"ל הוצא דבריו בתשו' הרב מהרימ"ט ח"א סי' פ"ח כתב דאז יכתוב לו שטר לא איבד את זכותו ושוב לא היה יכול ר' למחות כבר הר' מהריט"ט דחה דבריו בשתי ידיו וכתב עליו וזה אינו דנמלא זה צריך לשמור שוברו מן העכברים ולדבריו בכל מילתא דיש לו חזקה ויכול למחות יאמר לו כתוב זכותיך ושתוק ובזה לא נחלק אדם מעולם ע"כ ודברי הרב כנה"ג ז"ל שם שגבו מתני ושו"ר דכבר עמד ע"ד הרב לה"ש דקי"ח ע"ב

ואיך

ואיך שיהיה נתברר ממ״ש דהאי טענה דנכתב ראיה מגן שויא הגס דאפשר לשמור שטרו דבנין אבני גוית היכא דכל שטרי וכיותיו של מערער נטורים ושמורים שם עכ״ו לא לייתינן ליה דאי לא לפלוג ולתני בהאי חילוקא אלא ודאי כדכתי׳ דהא לטעמא דעכברי רשיעי הנה הנמ שם יקננו באבני גויה ואף בלתי זה איכא למיחש בשום אחד ממקרה הזמן

וכ״ת מאחר דלוי זה בלאו הכי צריך לשמור שטרו של שכירות הנז׳ א״כ יכתבו לו באותו שטר עצמו איך אין לו זכות לר׳ לא בפתח ולא בשהג״הק ולא בדלתות ודהכל הוא ע״ל בחסד ובחמלה הא ליתא דאטו משום דקבל עליו אחריות זוטרתי יקבל עליו יותר ויותר אחריות ממה שקבל ועוד אף אם נאבד שטר השכירות לא מפסיד לוי כו׳ בטענתו של ר׳ שטוען דקנית האורה לא הוה בתורת שכירות אלא בתורת מכר דהא לוי דפוא מאריה דארעיה מכחיש ליה וכבר נודע דדיינינן בשלי אני בונה

ועוד דכבר כתבנו למעלה דכל מילי דאיכא הנאת ממון לא חיישי אינשי כלל ובזה שכתבנו מדברי הראשונים הנך רואה דאף לדעת ר״ת שם דפליג על ס׳ רש״י וסבר דהאי טעמא פעמים שוה מתברכת כו׳ אינו תוליאה ממ״ש דאם באת להוש לזה אף בבית השלהין נמי ליחוש פעמים דזה לוקה בשדפון כו׳ מודה בהאי דינא דקמן דאי אמר לא בעי׳ לשמור הכתב והמכתב מעכברים דשפיר קא טעין דהא מיהא מודה ר״ת לטעמיה דתרי ארעתא אתרי ניגרי משום דהאי מדויל כו׳ מגילתו ממ״ש וא״כ אחר דמלינו בתלמוד האי השתא להיות יושב ומשמר כו׳ הויא חששא וחיישי אינשי טובא וכמ״ש שהוכיח מרן שם בתשו׳ מהוג׳ דפ׳ נט פשוט יע״ש א״כ מהביא טעמא גופא מגילתו ממ״ש

ועוד העיקרא דדינא לא למיא ולא מכרעא ס׳ ר״ת הלזו לנ״ד דע״כ לא אמרה ר״ת ולעימיה דהשתא רחוקה מגן שויא לגבי טעמא דכופין על מ״ם היינו כגוונא דתלמודא דקאי עלה דלא קא שקיל זכות הגדיים כלל ואינו בא בגבול שאינו שלו אלא לברר חלקו קא מכוין ומאחר דכבר הסכימה דעתם להלוק וליטול כ״א את חלקו מש״ה פשיט ליה לר״ת ולעימיה דכופין אי לאו טעמא דמעלינן ולא הוה חיישי׳ לחששא רחוקה דפעמיםכו׳ לא כן היכא דזה בא בגבול שאינו שלו אף בטענא רחוקה תלילתו ממ״ם והאי ס׳ שכתבנו צריכין אנו למימר בהכרח דהא כתבו התוס׳ שם ד״ה כגון וז״ל הא דכופין היינו בשכבר דר בחלר חבירו • אבל הא פשיטא שיכול למחות כו׳ אלא מתקנת חכמים קאמר הכא דכופין כו׳ עכ״ל נמלא דהכא בגמ׳ אף דהוי לכתחי׳ כופין לא כן בשאר דוכתיה לבא ליכנס בגבול חבירו דאין כופין ושיינו ודאי כמו שכתבנו ומרוב פשיטותו לא עלו על שפתם של בעלי התוס׳ לפרש הכי

ואחר ההיפוש ראיתי להנמקי פ׳ כילד הרגל שכתב וז״ל כתב הרא״ה דאע״ג דקי״ל זה נהנה כו׳ ה״מ בקרק׳ של שניהם שאין משתמש בשלו כלל אלא שיכול לכופו כו׳ וכגון הבונה כנגד חלוניו של חבירו והלא מעכב שלא לסתום אורה שלו והלא רוצה לו׳ כגון זה כופין אבל להשתמש בשלו כלל לא אמרו שאם אי אתה אומר כן אין לך אדם שלא יכוף את חברו וכן דעת הרא״ש והריטב״א ז״ל דבכה״ג לא אמרינן כופין עד כאן דבריו יע״ש •

והנראה בכוונת דבריהם דבאו לחלק ולתרץ דלא תק׳ הסיא דבתרא עם היא דקמא ולזה כתבו דהיא דבתרא דהקרקע הוא של שניהם ובא זה לברר חלקו ולהשתמש בו ואינו משתמש בשלו כלל דהיינו בשל חבירו וכגון נמי הבונה כנגד חלוניו של חבירו דהבנין שבנה לא קאי בשל חברו אלא בשלו הוא בונה ומשתמש בו ואי משום האורה של חלון חבירו הרי אינו מפסיל כלל אמנם להשתמש בשלו דהיינו בשל חבירו לא אמרו דכופין וכסברת התוס׳ ו״ל גם רבינו ישעיה הובאו דבריו בא״ז לקמן שם הוקשה לו כן ותירץ דהכא ודאי אם מיחה בו בשעה שנכנס לביתו לא שבקינן ליה כו׳ והתם מחתינן ליה לכתחילה כו׳ אלא לאו חדא טעמא נינהו יע״ש גם מהרי״ח בהגהו׳ אשירי והמרדכי שם קיימי בשיטת התוס׳

והכי מתברר מדברי מהרשד״ס ומהרא״ש סי׳ קכ״ט על רו״ש ולוי שהיו להם חלר בשות׳ והיה לראו׳ בתים שלו לצד פתח החלר כו׳ ועתה רולה ר׳ לבנות את הפתח ולפותחה למקום אחר בטענה דזה נהנה כו׳ והשיב דהדין עם השותפים ולא מבעיא אם יש קלת טעם בדבריהם שהרי מלינו דבעילה כל דהוא מחזקינן כל אחד בשלו ולא אמרינן כופין כו׳ אלא אפי׳ לא יש שם עילה אין כופין מטעמא שכתב הר׳ הנמק״י ומהרי״ח והמרדכי יע״ש הנה מבואר נגלה הן מלדברי הראשונים והן מלדברי האחרונים דלא שייכא ולא נגע ולא פגע נ״ד עם האי כללא דזה נהנה כו׳ וכאמור

וכ״ת הלא הרמב״ם בהביא דאולם פשיט ליה דנאמר האי כללא אף דבא בגבול חבירו להשתמושי וכמו שהקשה הר׳ מהרשד״ס שם והגם דהטור בסי׳ קנ״ג הביא ס׳ הרמב״ם וכתב עליו ואינו נראה דאיך ישתמש בשל חבירו בעל כרחו מ״מ הרי מרן שם בש״ע סעי״ג פסקה להא דהרמב״ם גם הריטב״א ז״ל הביא דבריו הר׳ הנמק״י פ׳ חזקת והביא דבריו מרן הב״י סי׳ קנ״ג סע״ט ופסקו מור״ס שאותם זיזין שמוציאין מגג של רעפים מפני קיום הכותל מהמטר זה נהנה כו׳ וכשבא זה לבנו׳ יסלקם לגמרי ע״כ גם מאותה תשו׳ הרא״ש דפסקה הטור סי׳ קנ״ד סעי״ו בפותח הלון על הרבה או גג של חבירו דאין לו חזקה ומטעם זה אינו יכול למחות כיון דזה נהנה כו׳ וכמ״ש הריב״ש הביא דבריו מרן שם

הרי לכאורה דאף דהרב הנמק״י הביא משם משם הריטב״א והרא״ש ז״ל דכל הבא לאשתמושי בגבול של חבירו אף דלחבירו לא הזיקה ליה מידי במה שחבירו נהנה לא אמרינן כופין מ״מ מנה שהביא בפ׳ חזקת משם הריטב״א משמע דשינה את טעמו וגם הרא״ש לכאורה שינה את טעמו וממ״ש בתשו׳ גם רבינו ישעיא דכתבנו לעיל דמתברר דקאי בשיטת

בשיטת הראשונים הנז"ל כפי מה שהביא הרי בא"ז בשמו הרי הטור סי' קנ"ג הביא משם רבי' ישעיה ופסקו מרן בש"ע סע"ה על דין זה דהיכא דיש לאדם פתחים וחלונות על חצר חבירו אם רצה להוציא זיז לפני חלונו לשמש עליו אינו יכול למחות כיון דחבירו אינו יכול לבנות כנגד חלונותיו הילכך יכול להוציא זיז ע"כ הרי לאורה דס"ל דכל דליכא שום הסרון לחבירו וכנגדו נהנה כוכין אפי' דההנאה הבא לאדם הוא בגבול ורשות הבירו

אלא דאי מהא לא איריא דלעולם ס"ל לר' ישעיה דכל היכא דבא להשתמש בגבול הבירו לא שבקינן ליה אף דלא חסרי' לחבריה כלל וכמ"ש הרב בא"ז משמו ומה שכתב הטור משם ר' ישעיה דיכול להוציא זיז הוא משום דלא השיב הוצאת הזיז לגבול הבירו כיון דכבר קדמה ליה להבריה זכות בפתחים והלונות הנם מוכח דבא בטענת מכירה או מתנה דקנה מבעל השדה או שום טענה אהריתי נמצא דאית ליה זכות בארעא דחבריה ומש"ה פסק רבי' ישעיה דאינו יכול למחו' דזה נהנה כו' דהא לא

השיב דבא להשתמש בגבול חבירו גם הטור אף דבהביא דכולם חלק על הרמב"ם וסובר דאינו יכול להשתמש בע"כ היינו נמי מהך טעמא גופא דאין לו זכות לבעל הסולם בקרקע של הבירו כלל אבל בדין זיז פסק ס' רבי' ישעיה כיון דבא בטענ' דאית ליה זכות בארעא דרבריה גם ס' הרמב"ם אינו מנגד לנ"ד וכמ"ש מהרשד"ם ז"ל שם

אמנם נשאר לנו לברר מה שעמדנו ע"ד הרא"ש והריטב"א דלכום ריהטא נר' דמינו אה טעמם אבל נר' לפום ריהטא לומר דרב המררק דע"כ לא כתב הנמק"י שם פ' כילד הרגל משם הרא"ש והריטב"א אלא דוקא היכא דבא להשתמ' בגבול הבירו ממש דהיינו בגופא דארעא כגון לדור שם או למטעה ביה פידי וכדומה במידי דהשימוש וההנאה הוא בעצמות הקרקע לא כן בהביא דהוצאת זיזין שכתב הריטב"א או הלון ע"ג של רעפים לדעת הרא"ש משום דהתם ההנאה והשימוש אינו בגופא דארעא אלא באויר חצר הבירו זהו נרא' לפום ריהטא ומז"ר להרב כמ"א ה"א סי' קי"ב דנרגש דברי הרא"ש אהדדי ולידד כמו שכתבתי גם הרב לח"ם דק"ו וקי"ז ע"א עמד בזה יע"ש וכפי זה חורה יוצאה לאורה בנ"ד דהוצאת הכנף והדלתות שימוש זה אינו אלא באויר חצירו של לוי א"כ לא שייכא ההיא דהרב הנמק"י דפ' כילד הרגל וכאמור

אלא דהרואה יר' דהא ליתא ולא מכרעא כלל דהא אפי' לדעת הרא"ש דקיי"מינן דסובר דכל דהוי ההנאה והשימוש באויר חצר הברו דאמרינן זה נהנה כו' עכ"ז כתבו רבני שאלוניקי הרב ד"מ ה"ב סימן ל"ל והרב לח"ם דק"ז ע"ג ודקי"א ע"ד דהיינו דוקא לפתוח בו חלון ואיידינליק בלתי כנף או דלתות לחלון אבל אם היה לו לבעל החלון או האידינליק הפונה ע"ג של רעפים דלתות בפנים לתוך ביתו ועתה רוצה להוצי' לחוץ לאויר חצר חבירו דינא הוא לבעל החצר מעכב ומוחה בידים של בעל החלון שלא להוציאם הקצה

ואף גם זאת אנן בדילן בעירינו קושטא יע"א הכי פשטא ההוראה דיכול למחות שלא להוציא שום דלת וכנף על גג של רעפים הגם דאנן בדילן נהגינן כהוראת הרא"ש שלא למחו' בפותח חלון ע"ג של רעפים או חרבת חבירו ומהינן בידיה דמזיק אפי' אם יבוא בטענת של כתיב' השטר בכל חזוקי סופר ולמוסרו בידים דבעל החרבה או בעל הגג שכ"ז לא לייתי' ליה משום דקפדי אינשי טובא בזה או משום דישנו תחת האפשר מנפילה ואבידה או משום נימוסי האקוף וכאמור והריטב"א דהשמיענו דהוצאת זיז הוי דינא דזה נהנה כו' היינו משום דהכי נהיגי וכיון דהכי נהיגי אין כאן חוקה ברם עתה יומא כי האידנא דקפדי אינשי טובא בזה והכי דייני רבני עירינו קושטא יע"א כרבני שאלוניקי שלא להוציא שום דלת ושום כנף אף דהשימוש וההנאה אינו אלא באויר הגג של רעפים והחרבה ואם הוציא כנף או דלתות ומת או מכרו טענינן ליורש וללוקח דכונס בתוך שלו היה או שמא קנאו מתנוואה בא בעל הגג או בעל החרבה לסתור את הכנ' או הדלתות לא שבקינן ליה וכ"ש וק"ו בכנף הנוטפים מי גשמים דמדינא דתלמודא החזיק בחצר חבירו וכמו שאמרו בפ"ק דבתרא ופסקו' כל הפוס' וא"כ בנ"ד דהכנף הנק' שאג'אק איכא נוטפים ממנו ע"ג חצר השותפים אף הריטב"א מודה זבא דלא שבקי' ליה לר' מטעמא דכתי'

ואין לצדד ולומר מאה"ר דמהר"י אדרבי סי' ל"ב רמזו הרב כנ"הג הגה"בי והרי' לחם רב סי' קמ"ו הביא דבריהם הרב לח"ם דק"ז ע"ג פשיט להו בלדברי הריטב"א דאף בנוטפים אמרי' יע"ש א"כ בנ"ד נמי אף דמהשאג'אק דהוציא ר' איכא נוטפים א"כ מצי ר' לומר קי"ל כמהרי"א והרב לה"ר דדינו של הריטב"א נאמר אפי' בנוטפים וא"כ לא מצי לוי לסתור את הכנף הא ודאי לאו מילתא היא מתרי טעמי חדא מאחר דהאי דינא דנוטפים הוא תלמוד ערוך ופסקוהו כל הפוס' דכל דלא מיחה בעל החצר החזיק עליה חזקה אלימתא וא"כ אנן בדילן צריך למשכוני נפשין בלדברי מהרי"א והרב לח"ר בענין שלא יהיו דבריהם היפך דינא דתלמודא ולא אמרום כגוונא דנ"ד ועוד דהא אתה דן דמצי ר' לבוא בטענת קים לי דהוי זה נהנה כו' א"כ היא גופא מביאתו ללוי לידי חסרון והוי זה נהנה וזה חסר ומטעם דדילמא בעבור ימים על ימים יבוא ר' בטענה דפייסיה ללוי בזוזי בכסף מלא כדי להוציא השאג'אק בנוטפים זאם מת ראו' טענינן ליורש דשמא בתורת מקח בא ליד מורישו ואפ יבוא לוי לומר ולוה כברוליא דר' דהוציא השאג'אק מדין קי"ל הוה לא שמעינן ליה ואין כח בידן לכופו לר' שיסתור ויבוא לוי לבנות דתני ייתר דהאמת עם לוי דילמא הכי הוה עובדא כדטעין ר' באופן דלא בדירא מילתא דהוי זה נהנה וזה אינו חסר

וכ"ת

וכ"ת יעמיד עדים איך הכי והכי הוה דמטעם קי"ל זכה ראובן בשאג"אק וכתוב בשטר והתוס' הא לא מילתא היא דהרי ברירנ' לעיל מדברי הראשונים ז"ל דהאי טענה מהבל ימע' וכמ"ש לעיל באורך ועוד לאעיקרא דדינא כבר כתבנו דהאי טעמא לא שייכא אלא לגבי דיני ישר' דתפסינן דגל הקי"ל משום דזה נהנה וזה אינו חסר אמנם בנימוסי הארקו'ף דדייני דייני בכנףהנוטפי' מי גשמים שם באים בעלילות רשע דכל הקרקע אשר תחת השאג"אק הוא של בעל השאג"אק א"כ אזדא ליה האי טעמא דזה נהנה כו' דבעילה כל דהוא נדחה האי טעמא דזה נהנה כו'

ואין לדלד ולומר מאחר דכתוב בשטר השכירו' דנתן לו רשות לפתוח בו חלונות א"כ נאמר דשם חלונות הוא בדלתות דהא כלל מוסכם בידינו דדייקינן לישנא דשטרא כלישנא דמתניתין וכמ"ש לעיל בסי' ג' משם הריב"ש ובהאי דינא גופא שנו חכמים בלשון המשנ' לא יפתח אדם חלונותיו לחצר השותפין ושם חלונות דשנה רבי בלשונו הוא בלתי דלתות דהרי מטעם היזק ראיה קאי מתניתין אמנם היכא דאיכא בחלונות דלתו' הוא מטע' היזק' ההריתי משו' דאיכא היסוד קרקע דלא איירי התנא בהא גם תבו' הרא"ש ודעי' דכתבו דישרשות לאדם לפתוח חלונות ע"ג של רעפים כו' והוא בלתי דלתות כנודע הרי דמלינו כן בדברי רז"ל בלישנא דשם חלונו' וכן בדברי הראשונים דהאי שמא דחלו' הוא בלתי דלתות ובנ"ד דהוא דינא דמתני' דלא יפתח אדם חלונותיו לחצר השות' דהוה מלי לוי לעכובי בר' להכי הוצרך ר' לבוא בשכירו' ונטל רשות מלוי לפתוח וא"כ הוא דוקא פתיחת החלונו'

ואפי' אם נא' דאיכא למימר הכי ואיכא למימר הכי הרי כבר נודע דכל היכא דאיכא שום ספק בעיקר השכירות אי נכנס בכלל לשון השכירו' או"ל ולא ברור לנבירור גמור אז דייני' דינא דשוא"ת עדיף דגדול כח המשכיר ולדידי' אעיקרא אין כאן שום ספק מאחר דפי' ושמיך על האי שמא דחלונות לאורה ומעשים בכל יום היכא דבאים שניהם יחדיו המשכיר והשוכר להשכי' לשוכר חלונות וגם דלתות קפיד השוכ' קפידא גמור' ומפ' דבריו לומר דבנין החלונות יהיה עם דלתות ולא סמכי אלישנא דחלונות כלל והרי נ"ד מוכיח דלא עלה ע"ד השו' לסמוך חלונות עם דלתות דהרי בו בפרק דנגמר[ענין] השכירות ובא ראובן ובנה החלונו' בלתי דלתות שלא כאורח כל הארעא דכל מי שיש לו רשות לפתוח חלונות בונה עם הדלתות יחדיו ידובקו אי משום דמתרבה הבולאה ואי משום כדי להגין מגשם רוח ומטר וגם אין לדלד מאחר דכתוב בשטר אויר ואורה נימא דתרי מילי נינהו דזה אינו בשמ' כאשר ידוע ומפו' לכל סופרי דוקני דמפרשי' בשעת השכירות דמקנה קרקע לאוירו ובכל אחד ועוד אי הוה כתיב אורה דוק' ולא הוה כתיב שם אויר כלל הוה מלי לוי המשכיר לבנות ומרחיק ד' אמות דוהו

שיעור האורה וכמ"ש רז"ל משום הכי הוצרך ראובן השוכר לשכור כל האויר של כל החצר אף שהוא גדול ואינו צריך לאורה

המורם מכל האמור דדינא קא בעי לוי שותף דלאו משו' דאית ליה לר' זכות בחצר ובבתים הנו' שמי בידיה לעשות כל חפצו ורצונו לבנות דלתות ושאג"אק וגם לבנות פתח לבא ולצאת מחצירו לגינה של חצר השותפין אלא כל זכו' של ר' כפי לישנא דשטרא המולג בשאלה אינו אלא אורה דאותה. היה מבקש ראובן ושמי בידיה דלוי שותפו לעכובי לראובן במאי דקא בעי לאחוקי ליה בהני תלתא דפורענותא בנין הפתח והדלתו' לחלונו' והשאג"אק וכאמור

וכי תימא הרי פתח זה שפתח ראובן היה היה קודם קנית חצר הבתים והגם דהיתה קטנה ועתה עשה גדולה סו"ש ה"ז מיהא קודם קנית לוי היתה לו לראובן זכות בפתח ואם כן נאמר מה מכר רשון לבני כו' הז לא מכרעא כלל דהא מהאי טעמא גופא דמה מכר כו' יכול לוי לסתום את הפתח דהא מפורש יוצא מכתב ידם של הרבנים בי דינא רבה שלא היה לראובן זה בזמן הערעור שערער עליו שמעון בעל החצר שום פתח כלל ולא היה לראובן דוקא אלא אורה מהאידינליק וע"ין בשי' הרבנים הנז"ל דע"פ שורת הדין אין לו לראובן זכות בהני אידינליקים מפני שהיה הרבה ונתנו בו ב"ד לשמעון רשות לסותמם כו' אלא דאילו פניו דעד זמן ששה שנים רצופים נמנים מר"ח שבט מש' התק"פ אם ירצה שמעון לבנות החרבה יבנה באופן שלא יאפיל עליו אלא דבעוד זמן הששה שנים בא ראובן ופתח פתח להרבה וכיון דכן הוה מלי שמעון לערער על ראובן בעל הפתח שיסתום את הפתח מאחר דהיא פתוחה לחרבה וכמ"ש רבני שאלוניקי יעויין להרב לח"ם דק"י ע"א והגם דבעירינו קושטא אני לא באתי לידי מדה זאת לידע היכי הוי מנהגא אי יכול לפתוח על חרבה או לא מ"מ בנ"ד לא בעינן להאי טעמא דהא מפו' יוצא מכתב ידם של הרבנים דבתשלום הששה שנים רשאי ושליט שמ' ובנ"ך לסותמם בכל עת וזמן שיעלה ברצונו לבנות שום בנין או שיהיה לו שום היזק ראיה אף שלא מחאה כלל עכ"ל הרבנים הרי דעלה בדעת שמ' לחשוב מחשבות וחשש דילמא בגו זמניה הנו' יעלה בדעת ראובן להוסיף שום דבר אחריתי ולא אצטריך שמ' הנו' לבוא בדינא ודיינא ולמטרח לצאת ולבוא מש"ה הוצרך שמעון לבא ולהודיע לב"ד דלאו משום דשתק באותו תוספת היזק הוא דמחל אלא לא ניתן למחול כלל ומעתה פתח זה שפתח ראובן בגו זמניה שמי בידיה דש' לסותמ' דהא אית ליה הו"ר מפתח הנו' לגינה הנו' ועוד דהא כתוב בשאלה דראובן לעשה את הפתח הוא בעוד שברחו השכנים מכח שעשו את הבית הנכרים בית ועד לזונות והיה החצר הבתים מאין אדם וכמו במפורש מזכרון העדות שיש ביד לוי שותפו של ראובן ומעתה גם לוי יכול לסותמה

כלל

הכלל העולה מכל הדבור בכתב דלאו כל כמיניה דר' בוחך לוי לאזוקי ליה בבני חלתא דכורעונותא כנף הנק' שאנ'אק ולאתות להלוונות וכתהזה ואין בטענותיו של ר' מספיקת כלל כל זה כתבתי להלכה אם יראה לפני רבנא מורי הרב האי תנא דידן רבי' שבגולה מאן דהוי לרבי מהוה שדי יתיה ומראה ולא נחידות לאו וראו הפאר'גדולתו הכל כותאין בכילד מברכין ברוך שחלק מהכמתו יתר שאת הרבה גבולו בתלמידים אחובי כמה רברבין איהושבו כמה ספסלי בבי מדרשא הוא היה מונה גם ככהונה למען ינוקו בתו'כ' ואנו נברך י"ה דהם רחמנא עלן יהב עולם ברכות הטוב' בהני תלת מילי דמשנו רבנן בדבורייהו והיתה לו ולזרעו אחריו נאום דברי הכותב הצעיר

אליעזר
די טולידו

הסכמת הרב המופלא רב גובריה ורב חליה כמהר"ר אליה ענין ז"ל שר המס'כים עם תלמידו הרב המחבר ז"ל

ראיתי את השאלה ואת אשר נגזר עליה מאת הח'השלם הדו"מ דיינא דנהית לעמקא דדינא וכל דבריו ברור מללו והדברי'פשוטי' שע"פ שורת הדין הגמור אינו יכול ר' לאזוקי ללוי בבני תלתא דכורעונותא בשום אופן כאשר הורה גבר המורה שיחיה נעד ויען שדרוש דרש מאתי להוות דעי על כן אמרתי לבא בשורותיים אלו להגיד כי ישר והריני מסכים עמו להלכה ולמעשה הלה כה דברי והחתמתי שמי

אליה ענין

סימן ה

עובדא הוה באלמנה אחת דבאה מדמשק בת מלכים שלשלת יוחסין אשת חבר הרב המובהק ה"ק ז"ל בשליחות בנה ובידה שטר כתוב וחתום מגיד הומר איך הודה ראובן דנקט מיד מר נעלה כך רב ותובעת האלמנה איך לא נפרע מר נעלה ז"ל מהוב בטר זה אלא מעט מזער משך מכונות דמכרה מר נעלה ועתה תובעת מר' הלוה דיפרע לה כך רב מהחוב הנז' וראובן הלוה בא בטענה דהוא בעצמו מסר ביד מר נעלה משכו' הרבה ואדרבה נשאר מוכזתי גביה והאלמנה טוענ' דבקר ענה דהא כל מה שנטל מר נעלה מידו של ראובן נז' הם בעתא מסרם לידה וכל מה שנתן ראובן ליד מר נעלה איהו ניהו המכונות דמכר מר נעלה ומאזתו ומנועד עתה לא קדמה לה ידיע' היכן קביעות דירתו ומקום מושבו של ר' הלוה מאחר דזה דרכו של ר' לשום לדרך פעמיו ממקום למקום ומעיר לעיר עד עתה דנתברר לה דקבע דירתו איש וביתו בהלכת גוברין יאודאין במתא קוסטא יע"א אשר מטעם זה הוצרכה לצאת מדמשק ובא לכאן ומהאחר להכא בכמה יגיעו'ביה ובינשה וגם הוצאת הדרכים דפורה קרוב לאלף גרוש' וכמו כן היא צריכה ג"כ עוד לפור מעות מהכא להתם למקו' שיצאת משם ותובעת הוצאת הדרך מראובן דהוא הגורם לכך והאלמנה בוכה ומיללת קמיה בי דינא על רוע מזלה דאין דרכה של אשה כו' וכל כבודה כו' אלו הן הטענות דסידרו בפנינו ולשאול הגיעו להיכן שורת הדין נוטה

תשובה לפום ריהטא עלה ע"ד דוכתה שהאלמנה בדבריה והיא נאמנת דלא היו עוד משכונות אלא אלו והוא ממאי דכתב הרב בעל התרומות בשער מ"ט ח"ג סי' ד' וז"ל נשאל ר' יצחק יורש שהוציא שטר שיש למורישו אצל פ'כ"וכ והבימאום לו אלו משכון כ"ו וטוען היורש דהמשכון נאבד מן מורישו כו' הדין הוא דאין על הנתבע לפרוע כלום כו' ואם תאמר ישבע היורש שבועת היורשין ויגבה הובו הכא ליכא למימר הכי משום דבעלמא השטר הוא ודאי והפרעון ספק אבל הכא בודאי כבר הגיע אליו כנגד הלואתו והאבדה הוא ספק אימור אבד אימור לא אבד כו' עכ"ל שנה יש ללמוד מכאן לנ"ד דלא כתיב בשטר החוב שום רמז אם הניח משכון או לא ואדרבה השטר סתום דמסייע ליה לבעל השטר דטוען דלא קבלתי שום משכון ואי טעין הלוה נתתי לך משכון לא מהימן דאל"כ לא הנהא בת כו' וכמו דאי טעין הלוה פרעתי דלא מהימנינן ליה ה"ה כשטוען הנחתי לך משכון לא מהמנינן ליה ולא ביטל הרי"ף ז"ל טענת היורש אלא דוקא מאחר דתברא בגוויה דשטרא כתיבא דכבר הניח הלוה משכון נגד חובו ומש"ה דן הרב דאין היורש נשבע ונוטל אלא הלוה נשבע ונפטר כיון דהא קא מודה היורש דהיה משכון ביד מורישו דהשתא לא מצי לכפור דלא נטל כלום מורישו כגון דהשטר מוכיח מתוכו

וכן יש להוכיח ממחלוקתן של הראשונים הביאן שם הרב בעל התרומות סוף ה"ב וז"ל כתב רבינו יאודה מלוה דטען דנאבד המשכון באונס והלוה טוען לא כי אלא אתה מכרתו ולקחת את דמיו איכא מ"ד נשבע המלוה וגובה חובו ואיכא מ"ד לוה נשבע היסת ונפטר דנאמן במיגו דאין לך בידי כלום או פרעתיך עכ"ל הרי דלא פליג איכא מ"ד בתרא אלא מכח טענת המיגו דאי בעיכו' והאי טעמא לא שייכא אלא דוקא היכא דליכא שטרא וכן ראיתי להרש"ך סימן ע"ב ס"ך ק'ך דכתב כן יע"ש ברם היכא דאיכא שטרא ליכא טענת המיגו אע"ג דבא הלוה בטענת בריא לא מהימנינן ליה אלא נשבע המלוה וגובה נגבית וכ"ש וק"ו היכא דבהכתבה היא אי מסר משכון או לא דמהימנינן ליה דהא קא מסייע ליה שטרא למלוה דלא כתבו העדי' דנתן הלוה ביד המלוה שום משכון ומש"ה מהימן המלוה ואחר החיפוש מצאתי ראיתי להרי"ף בתשו' סי' ט"ן והיא היא התשו' שהביא

הרב

הרב בעה״ת וז״ל נתבו׳ וה״ה יורש ישבע כו׳ ליכא למימר הכי מפני ששטר כו׳ יורש נשבע שבועת היורשין וזוכה הוא ודאי ומוציא מידי ספק דהשטר מלוה ודאי והפרעון ספק אבל הכא כבר הגיע אליו משכון נגד רובו ס׳ אבד ס׳ לא אבד ומה״ה אינו דומה לדין זה ואפי׳ אמר היורש לנתבע הה רתי לך המשכון אפ״ה השטר בטל אלא דמתחייב הנתבע שבועת היסת שלא הגיע אליו המשכון ונפטר עכ״ל ופשוט של האי ליכא שכתב הרי״ף מפני ששטר שאינו אומר בו כו׳ הוא ודאי כו׳ אבל הכא כבר הגי׳ אליו המשכון כו׳ משמעותן הוא לשטר דאינו אומר בו דמסר משכון לו כו׳ ולפי זה דינא הוא דהשטר קיים דנהוקפו קאי ומינה ילפי׳ לנ״ד דלא מרעינן שטרא בטענת הלוה שטוען דנתן למלוה משכונות והמלוה אומר דלא נתן לו או דהמלוה אומר דנתן לו משכונות דהוה כ״וך והלוה טוען דשוה יותר דפשי׳ דהמלוה נאמן בטענתו דשטרא קא מסייע ליה דלא יש רמז ממסירת משכון וה״ל לכאורה כמשיב אבידה ודוגמה לזו אמרי׳ בפ״ק דמציעא ד״ג ע״ב דפליגי תנאי בשטר דכתוב בו דינרין שתם מלוה אומר ה׳ ולוה אומר ג׳ דרשב״א ס״ל דישבע ור״ע ס״ל דאינו אלא כמשיב אבידה ופטור ופרש״י דהשטר מסייעו כיון דלא פי׳ ניכרים הדברים כו׳ יע״ש

הרי דיש ללמוד מכאן דכל היכא דאיתמכו׳ בשטר עד כמה מסר לו והלוה אומר יותר ממשמעו השטר משיב אבידה חשבינן ליה ומיני׳ דהיכא דאין שעדים מעידים דהלואה היתה על המשכון אלא הלוה׳ההמית היתה והמלוה מודה ובא דהגסדגשפי׳לא כתיב בגויה מוכרת משכון ואמת הוא דנטל ממנו משכון פ׳ ולא יותר והלוה טוען דמסר בידו יותר ויותר ה״כ דייניגן לכאורה דינא דמשי׳ אבידה פטור מלישבע

אלא דהא לא מכרעא לדמויי למשיב אבידה דע״כ לא אמרה ר״ע דמשיב אבידה פטו׳ מלישבע אלא דוקא ליפטר אבל לומר טעם זה ג״כ לגבי מלוה לטוען דלא קבל מידה משכונו׳ אלא כך וכך וניחא דמהימן המלוה ויטול בלתי שבועה כיון דהשטר מסיעהו כגון דא אין ראיה מהתם והיה אפשר לגדל ולומר דהכי מסתברא דהא גבי פוגם את שטרו דמודה דקא בקיל מנה ולוה טוען דקא פרע יותר דינא הוא דהמלוה צריך לישבע ולא מהימנינן ליה מטעמ׳ דהוי כמשיב אבידה דהא שטר׳ מסייע ליה דלא נפרע כלום מאהר

דלא כתוב הפרעון בשטר יעויין בסי׳ פ״ד אלא משמע לכאורה דלא נאמר האי כללא להוציא מיד הלוה נרם איכא למידהי דאין ראיה מהכא דהא כבר פירשו בתלמודא דפ״ו דטעמ׳ דרמו רבנן שבוע׳ בפוגם היינו טעמא דפרע דייק דמפרע לא דייק ורמו רבנן שבועה כי היכי דתידוק א״כ מינה היכא דלא דייק האי טעמא כגון גבי משכון אין הכי נמי דהכתי נמי ניחא דמהימנינן ליה ׳

ואיך שיהיה למאי דאתאן עלה מוכח מתי׳ הרי״ף דהביא לבריו הרב בעה״ת הנ׳

דהיכא דהשטר היוצא מתחת יד המלוה לא כתיב בגויה שום מוכרת משכון אלא סתמא כתיב ביה כשאר שטרי הלואות דנהיגי דלא רמו בהוכן רמז ממשכונות כל כי האי גוונא לא מהימנינן ליה ללוה דמסר בידו משכון או דהמלוה מודה ובא דבא לידו משכון כ״ור והלא טוען דיותר ויותר וכגוונא דנ״ד נאמן המלוה ומינה דמהימנין להאלמנה הבאה בשליחות בנו יורשו של המלוה דיותר משכום זה לא קבל מר בעלה ז״ל

ואגב אורחין שמעינן ממאי דנתחבטו גדולי האחרונים בשיום לדברי הרב בע״הת. דכתב והנתבע נשבע היסת כי לא הגיע המשכון. לידו ולא החזירו לו ונפטר עכ״ל דמאחר דטענת היורש היתה דנאבד המשכון באונס מאי שייכות איכא בהאי שבועה דלא הגיע לידו ולא החזירו לו ומה חזרה איכא כיון שכל טענתו אינו אלא דנאבד, המשכון האמנם מאחר דנר׳ בעליל לנו תשו׳ הרי״ף דנדפסו בזמנינו ושם מפורש בלשונו דאפי׳ טען היור׳ דלא נאבד אלא החזירו ליד הלוה המשכון אפ״ה השט׳. בטל אלא דנשבע הלוה היסת דלא בא המשכון לידו עכ״ל באופן דלא הייב הרי״ף לנתבע היסת היכא דטוען היורש דנאבד דשבועה זו למה ומה שייכה אלא שבוע׳ זו של הנתבע לא קאי׳לשאל׳היורש טענ׳ אבידה אלא מילתא באפי נפשה היא דהיכא דטוען טענת חזרה דהחזירו המשכון והנתבע טוען דלא החזירו לו כלל ועדין הוא ברשותיך וזה לך האו׳ת דהשטר עדין ברשותיך קאי ואם כלדבריך למה לא החזרת לי גם השטר מאחר דלדבר הח רת לי המשכון והיה אפ׳ דלא הוה מחייבי׳ ליה לנתבע שבועת היס׳. דה׳ריעא טענת היורש ומ״ש הרב בע״הת ואפי׳ אמר היורש לנתב׳ א״כ למה לא החזיר לך השטר ט״ם הוא והיפוך ואפי׳ אמר הנתבע ליורש למה לא החזרת לי השט׳ אפ״ה הנתב׳ נשבע היס׳ דלא החזיר ליה המשכו׳ ואחרי כותבי זה ראיתי להרב מט״ש סי׳ ע״ב הגה״ט אות פ״ו דהביא תשו׳ הרי״ף הנז״ל וכתב דיש להגיה בדברי הר׳ בעל התרו׳ יע״ש באופן דבנ״ד אלים כחה של האלמנה מכח השט״ח דהוציא מתחת ידה לגבות יתר הזוב והאמור ואין טענת ראובן עולה לפום דינא

אלא מאי דנשאר לן לברר הוא אי מחייבינן. בנ״ד ליורש שבועת היורשין כדי להוציא מתחת יד ראובן האמנם מאחר דכתוב בשטר הזוב הנז׳ והמנתי עלי ועל ב״ך גדולים וקטנים למע׳ הר׳ הנ׳ וב״ך ולכל מוציא שטר זה מתחת ידו ע״כ אשר יאמרו שלא נפרע ולא נמחל שטר זה כלו או מקלתו ואפי׳ אחר זמנו יהיה נידון כתוך זמנו לכל פרטי דין תוך זמנו מתני ומב״ך מבלי להייבם שום שבועה קו״ח וחרם סתם כו׳ ושבועת פוגם שטרו וקבלתי עלי כו׳ ס׳ הר׳ הפוסק כו׳ ואפי׳ נגד מרן הב״י ז״ל כו׳ וקנינו כו׳ ובפרט על הנאמנו׳ בפירוש כו׳ עכ״ל השטר וא״כ מאחר דאיכא נאמנות בפירוש למלוה וב״ך ולכל מוציא כו׳ שום שבועה הרי היורש והאלמנה דבאה בשליחות היורש והוציאה שטרא דנא נאמנים הם להוציא מיד ראובן בלתי שו״ע והאמור

ועוד

ועוד מאחר דכתיב בשטרא דנא ואפי' אחר זמנו יהיה נידון כתוך זמנו לכל פרטי דין לתוך זמנו א"כ דינא הוא דגובין מראובן בלתי שבועה כלל דהא כתב הטור סי' ק"ח סעי' ד' ז"ל ואם מת המלוה והיורשין באין לגבות מלוה ע"פ אם הוא על אחת משלשה דרכים גובה בלא שבועה יע"ש ופסקו מרן שם הרי דאפי' מלוה ע"פ גובה בלא שבועה הגם דמת לוה בהיי מלוה כיון דהוא תוך זמנו ומינה לנ"ד דמפקינן מראובן בלתי שבועת היורשין דהא קביל עליה ראובן לדון חובו כתוך זמנו כמלה דמהדי טעמי וכה היורש לגבות חובו בלתי שבועה או מטעם הנאמנות או מטעם דדיינינן אחר זמן כתוך זמנו וכמ"ש ויש לעיין בתשו' הרי מהר"י ן' מיגאש סי' קכ"א דנקט כי האי לישנא אבל אם מוכר בשער שהיה תחת יד אביהן משכונות בכלי כך כה. ואם כו' יע"ש

ומ"ש תימא הרי כתב הרש"ך שם ס"ק קל"ה על האי דינא דיורש הנז"ל וז"ל ובאמת אפי' אין כתוב כן בשטר רק שהיורש מודה הדין כן דהא ליכא למימר כשהיורש מודה נאמן במיגו דהא אין טענתו דטוען עתה טענת ברי' כדי שיהא נאמן במיגו כו' כנלע"ד והסמ"ע כתב ע"ל המחבר פי' דגם זה כתוב בשטר כו' יע"ש הרי לכאו' כפי דעת הרש"ך ז"ל שניהם מוין אחד כתוב ואחד שאינו כתוב ואודא לן הדיוק דכתיבנא לענין נ"ד ברם הרואה יראה דהא ליתא דהא דברי הש"ך ברור מללו דהא דנאמן הלוה היינו דוקא היכא דליכא טענת ברי' לגבי היורש דאיכא"ן טענ' מיגו האמנם היכ' דאיכ' טענת ברי' וכגון' דנ"ד מודה ובא לנשבע היורש ומקיל וכמש"כ מת' הרי"ף דמשם הוכחו לדברי הר' בעה"ת הנז"ל ומש בתשו' הרי"ף לכוש מאי דפריכנא למעלה על האי לישנא דכתב שם הרי"ף דלא אמרינן יורש נשבע שבועת היורשין אלא דוקא בשטר שאינו אומר בו כלום דאז השטר ודאי והפרעון ס' כו' יע"ש הנה מפורש יוצא דהיכא דהשטר דהוציא היורש לא כתיב ביה שום מוכרת משכון נאמן היורש מטעמא דהשטר מסייעו

ומה שכתב הרשב"א בתשו' ח"א סי' אלף וי"ן והביאה מרן הב"י סי' ע"ב מחודש י"ו דהיכא דהמלוה והלוה מוכחשים דהלוה טוען דכ"וך כלים מסרתי בידך בשעת הלואה והמלוה טוען לא כי אלא פחות והשיב הרשב"א ז"ל ואינו נאמן המלו' במיגו אלא דין מודה במקצת יש לו כו' עכ"ל הרי לכאורה דהיכא דהלוקין המלוה והלוה במספר המשכונות וכגונא דנ"ד אינו נאמן המלוה במיגו הא לא מכרעא דהרשב"א לא מיירי אלא במלוה על המשכון בלתי שטר אבל היכא דאיכא שטרא וכגוונא דנ"ד דמסייע ליה שטרא למלוה נאמן

עוד עלה בדעתי דיש לדון עוד בנ"ד מטעמ' אחריתי דלא שמעינן ליה לר' לומר דמסר משכונות יותר והוא דהא כתב הרא"ש פ"ק דבתרא ד"ה דכי היכי דאמרינן חזקה אין אדם פורע תו"ן כך נמי לא מתכיס הלוה משכון ביד המלוה ולא כליגי רבינו יונה אלא ביתומים קטנים דוקא וכ"כ בהדיא הר"ב התרומות שער י"ד ח"א סי' י"ג וב"ה פי"ב ממ"ול דין א' הביא דבריו מרן ב"י סימן ק"ח סע"א ועיין למהר"א ברודו ז"ל הובאו דבריו בפ"ת ח"ג סימן ל"ו יע"ש והכי מסתברא דאי שמי בידיה דלוה למטען מסרתי בידך בגו זמניה כל כך וכך משכונות החזירם לי ואפרעך א"כ חזקה הלזו דאין אדם פורע כו' מגן שויא דליהמני ללוה כשאמ' פרעתיך בתו"ז מיגו דאי בעי הוה טעין מסרתי בי"ך כ"כ משכונות וא"כ אודא ליה הך חזקה אלא משמע דהא בהא תליא דכמו דאינו נאמן לטעון טענת פרעון בגו זימניה ה"ה טענת משכונות והגם דלא שייך הטעם דבסלמא לגבי פרעון הוב מאחר דהלו' קבע זמנו כדי ליהנות מדמי החוב דלוה מהמלוה שייך ספיר חזקה כו' הלואי דיפרע בזמנו ברם לגבי התפסת משכון בידו של מלוה ישנו תחת האפשר שיתפיס לו משכון דמאי איכפת ליה ומאי הסריה מ"מ אי אתה אומר כן דנאמן הלוה בטענה הלזו א"כ ממילא אזדא ליה הך חזקה דאין אדם פורע כו' דהא אית ליה טענה אלימתא ללוה אם אית' דמשקר הוה טעין מסרתי בידך כ"וך משכונות בגו זמניה אלא ודאי דא' נה וא' זה שקולין הן ובהדא מחתא מחתינהו

והשתא דאתינן להכי דלא מהמנינן ליה ללוה בטענת התפסת משכון בגו זמניה מינה יש לדון דאף אי טעין הלוה דמסריה למלוה בנידון הלוה' משכון לא מהימנינן ליה ללוה בגו זימניה דטעין דהתפיסו משכון בשעת ההלואה דאם תאמר דמהימן קליש הך חזקה דאין אדם פורע ואם כניה הדברים כמו שכתבתי עלתה ארוכ' לאלמנ' הרב המנוח דנ"ד דהא כבר הדת נתונ' בשטר' דנא המוכג קמן דאפי' יהיה הפרעון אח"ז יהיה נידון כתו"ז לכל פרטי דין דתו"ז וכיון דיש עדיפות יותר להאי שטרא א"כ מינה דאין להאמין לר' דמסר משכון בנידון הלוא' וכמיבן דהא אי הוה טעין הכי בתו"ז דמסר משכונות בנידון הלוא' לא הוה לייתינן ליה וא"כ אפי' אחר זמן נ"כ לא מהימן כיון דקביל עליה דיהיה נידון כתוך זמנו וכאמור

ובפ"ת דאין זו הוכחה דלעולם אימא לך דמהימנינן ללוה לומר מסרתי בידך יום המול שלשה כ"וכ משכונות והוה בגו זימניה וטעמא דלא מהימנינן כשטוען פרעתיך משום דהוי מיגו במקום חזקה וקי"ל דבמקום חזקה לא אמרינן מיגו הרואה יראה דהא לא מכרעא דעדין לא שמעינן מאי דאיבעיא ליה לתלמודא אי אמרינן מיגו במקום חזקה אלא לקמן אהד מימרת ריש לקיש ועוד דאם איתא לה דטעמיה דר"ל הוא משום דהוי במקום חזקה אבל נאמן הלוה לומר מסרתי בידך כ"וכ משכונות א"כ תיפשוט מיניה ממרת ר"ל הבעיא דלא אמרינן מיגו במקום חזקה ויעויין מ"ש התוס' שם בסוגיין ד"ה זבא כו' כתבו ז"ל ונראה דיש עדים דהייב לו כו' דאי לאו הכי יהא נאמן דפרעיה גו זימניה במיגו דאי בעי אמר לא הלויתי כלום ולקמן מבעיא ליה כו' יע"ש וכ"כ הרא"ש ז"ל שם ובב"יח

והכריח עוד כמ"ש דתיפשוט מהכא דלא אמרינן מיגו במקום חזקה. ע"כ הרי דהכריחו התוס' והרא"ש ז"ל דדוקא כו' אמרה ר"ל דאי לא נאמן במיגו כו'

וראיתי להרא"ש שם דהביא משם רבינו יונה ז"ל וכתב ר"י דאע"ג דלא קיי"לן לפירעון כל זמניה לדרבי היכי' אף בגו זמניה דמשכון עביד איניש דמתפיס אף בתוך זמן ואף בשעת ההלואה כו' ולא נהירא לי דלא שכיחא כלל להתפיס לדרבי אף בתוך הזמן כו' עכ"ד

והנה האי ליסנא שכתב ואף בשעת ההלואה כו' משמע דהכונה היא כמו ליסנא ואף כי אהרי מותי דאיכא ג' זמנים בהתפסת לדרבי הא' הוא בשעת הלואה דהוא המלוי והשכיח יותר דאינו מלוה לו אם לא מתפיס ליה משכון וזהו הסוג הא' והסוג השני הוא בגו זמניה דבסוג זה הוא דפליגי הרא"ש עם רבינו יונה דלדעת הרא"ש לא עביד איניש דמתפיס משכון ולדעת ר"י ז"ל הוא דדוקא מעות הוא דלא עביד איניש ומטעם דניחא ללוה להרויח בהן ברם התפסת משכון עביד איניש אף בגו זימניה אשר מהאי טעמא ס"ל לר"י ודעי' דלגבי יתומים קטנים לא מגבינן אף בגו זימניה עד שיגדילו ברם לגבי הלוה עצמו או יתומים גדולים מגבי' ביה בהאי שטרא מאחר דהוא בגו זימניה והאופן השלישי הוא התפסת משכון אחר זמן הלוא' דמלוי ושכיח כהסוג הראשון באופן דבתוך זמנו אלים כחו של מלוה לגבות חובו בין אי טעין הלוה התפסתיך משכון בשע' ההלוא' דהוא מלוי ושכיח ובין אי טעין התפסתיך בתוך זמני עכ"ז לא לייחינן ליה וה"ה והוא הטעם לגבי יורשים גדולים האמנם לגבי יורשיו הקטנים לא מגבינן עד אחר הגדלות לסברת רבי' יונה ולעי' וא"כ בנ"ד דבא טעו"ן ר' הלוה עצמו דהכי הוה עובדא דהתפיס בידיה דרב המנוח בשעת ההלואה יותר ויותר ממאי דקא מודית האלמנ' לא מהימנינן ליה מאחר דכבר קבל עליו ועב"ך דפרעון דאה"נ יהיה נידון בכל פרטי דין דתוך זמן וכבר עלתה הסכמת הראשו' ז"ל דלא מהימנינן ללוה היכא דידו אומות שלא לפרוע בגו זמניה דכבר התפיס משכון בשעת ההלואה

ומהורענא דר' המוזכר בשאלה הוא לורנא מרבנן בר אבהן ובר אוריין ושאל שאל ממנו ב"ד רש"ת ליסא וליתן במלת' כדנא דכפי דעתו הוא פטיר ועטיר מתביע' האלמנ' ושרטט וכתב מאי דכתב ושלח לנא בי דינא ואנן בי דינא נבאנו ונתננו בדבריו כעסופעמים וראה ראינו דאין פוטר אותו מתביעת האלמנה וכל מאי דנשא ונתן אין האמת אתו וכל לגבי דידן לא כיון להלכה ודברנו פה אל פה וקבל הדין בס' פנים יפות אך בא טעו"ן ר' נז' דיש לו עדים נמתא דמבק דשם נמצאו ושם היו בעת מסירת המשכונות וכן ואולי יתשבו מהשבות ויעלו בזכרונם כמה היו המשכונות באותה העת וכן עשינו האמנם אם לא ימצא ר' בירור לטענתו אזי הדר דינא וגוב' האלמנ' כרוב שבשטר במשלם ומקבל עלה ה"ם דלא מסר ר' הלוה לגר בעלה כי אם הסך התכשיטים הנז' במספ'

כמשפטם ובמותם דאין כח בידינו להשביעה לא לאלמנה ולא ליורש מכח הנאמנות הכתוב בשטר

וכ"ת הרי באנו למחלוקת הראשונים ז"ל הרב בעל העיטור והרב בעל התרומות ז"ל דהנה הרב בעל העיטור כתב בסוף מאמר ה דיו"ב ע"ד וזה לשונו ונאמנות בשבועת היורשין לא מהניא אלא היכא דפטר משבועת היורשין בפי' ובעי למכתב בין דמת לוה כו' יהא רשות למלוה וליורשיו כו' ואפי' שבועת היורשין ואי לא כתב הכי אמרי' יד בעל השטר על התחתונה עד כאן הרי דאסברא לן הרב ז"ל דלא מהניא נאמנו' הכתוב בשטר לב"ך של המלוה אם לא דכתו' ומפורש ואפי' שבו' היורשין ולא הבניא לשון הנהוג דכולל הנאמנות לו וליורש' דאיכא למפרשיה קבלת הנאמנות דקבל הלוה היינו היכא דטעין הלוה ליורש המלוה פרעתיך לך דהוי הטענה דומיא דפרעון המוריש ברם היכא דטעין הלוה פרעתי למלוה וכבר מת המלוה ויבנו אחת האפ' דאמת יהגה חכו ואלו היה אביהם קיים הוה מוד' ובא לטענתו של הלוה דהוי ברי"א ושמא ומסייע ליה לטענת בריא של הלוה חזקת ממון דהוא תחת ידו כל כה"ג לא המני' ליורשיו של מלוה וכבר הרב בע"הת שער י"ד ח"ב סו"סי ח' דפ"ו ע"ב כתב האי סברא בשם איכא מ"ד ז"ל ואיכא מ"ד דהיכ' דמית מלוה וקא תבעי יתמי מיני' דלוה דלא מהני הנאמנו' אם לא שכתב בשטר דיהא רשות למלוה וליורשיו לגבות האי שטרא כו' בלתי שבועת היורשין ואי לא כתב הכי וטעין לוה דפרע לאבוהון כו' אמרינן יד בעל השטר על התחתונה וכי פטרינהו הוא היכא דטעין פרענא ליתמי כו' אבל זה שטוען שפרע לאב לא פטרו כו' עכ"ד

הנה למדנו מדברי הראשוני' הרב בעל העיטו' והאיכא מ"ד דכל שטר הבא לפנינו ולא כתיב ביה נוסח הנאמנו' כי האי ליסנא ואפי' משבו' היורשין אלא כתיב ביה נוסח הנאמנות כי האי ליסנא ואפי' משבוע' היורשין אלא כתיב ביה לשון דנאמנות הנהוג דינא הוא דאמרי' תפסת מועט תפסת ולא פטרים הלוה ליורש אלא היכא דטעין פרעתיך לא היכא דקא טעין פרעתי לאביכם וחייבים לישבע שבועת היורשין

ולפי זה בנ"ד דטענת ראובן אינו אלא לגבי המוריש דבעידן ההלואה מסר בידו כך וכך משכונות יותר בתורת משלונות והמלוה מת והיורש אינו יכול לטעון טענת בריא אלא טענת שמא א"כ הייבין היורשין לישבע שבועה שלא פקדנו כו'

והגם דהרב בע"הת ז"ל חלק על האי סברא דאיכא מ"ד והרחיקה מן הדעת וז"ל שם ובעיני יפלא לסברא זאת רחוקה מאד מן הדעת כי בודאי מאחר דהאמין לבניו כו' אפי' שלא פטרן בפירוש משבועת היורשין דעל הכל נכנס הנאמנות דשבועה זו דאשתבע דלא פרעתיך קילא היא ולא מהתירינן בה ושמכינן אחיקה דבעמד שטר על חוקתו כו' דבהאי ליסנא לכתוב בלא שבועה קו"ח כל שבועה במשמע עכ"ל והביא לדבריו מרן הב"י סימן ק"ח סעיף י"ל ופסק כן הטור שם סעיף כ"ל והרא"ש כלל

כלל ע"א סימן ז' רמוה מרן הב"י שם סעיף למ"ד נקילור ועיין דלא כוה לריך מרן ז"ל להביא לנחשו' הרא"ש הלזו דכבר הביא' הטור לדברי מ"א הרא"ש יותר בארוך סימן ק"ח סעי"ו ומרן בש"ע סימן ע"א סעיף י"ז פסק כן ועיינשם ס"ק ל"ח בש"ך מש"כ ע"ד הסמ"ע יעו"ש ועיין להרב מע"ש סימן ק"ח הגה"ט אות ע"ין דהביא לן תשו' הרב פני משה דכתב דסבר' הלזו של איכא מ"ד כבר אדהייא הרב בע"הת וסיים הרב מט"ש דיפה השיג עליו הרב דב"מ דסברא זו אינה דהויה מאהר דהרב בעל העיטור ס"ל הכי יע"ש

ולדידי אפשר דס"ל להרב פ"מ כיון דמרגלא בכזמיה של הרב בע"הת ו.ה דרכו להביא חורת הרב בעל העיטור ובדין זה העלים עיניו .להביא סברתו דן ידין הרב פני משה ז"ל דסברה הלזו של איכא מ"ד שהביא הרב בע"הת איהו ניהו הרב בעל העיטור ז"ל ומה שלא הזכיר שמו בפי' אלא הביאו בשם איכא מ"ד אינו אלא מכני הכבוד מאהר דכתב עליו דס' ואת רחוקה מן הדעת מאד וזה כניה הדברים כן ס"ל להרב פ"מ ז"ל דלא מלינו הבר להאי סברא •

ואם כן הא מלינו פלוגתא בנאמנית אי אהניא לגבי טענה דטוען הלוה דכבר פרע למלוה והיורש לא מלי טעין טענת ברי"א אפי"ה הונן של הראשונים סברי דאהניא הנאמנות הכולל הגם דלא כתיב ביה בשטר ואפי' שבועת היורשין אלא דלכאורה מלי רהונן בנ"ד לומר קים לי כהרב בעל העיטור והאיכא מ"ד לפי דעת הרב דב"מ דהוי חדי רבוותא ולא כסברת הרב פ"מ וישבע היורש שבועת היורשין •

והגם דאפשר היה לדד ולומר דמאחר דהאונן אלים כהו של היורש לפוטרו משבועת כוגם דהיא קילא לחיובי' שבוע' לאשבועי לווה משבוע' דאשתבע לי דלא פרעתיך וכמ"ש בגמרא מהי היכא בין שבועת פוגם לשבוע' דאשתבע כו' ג והמרו דשבועת פוגם הגם דלא טעין הנן טענינן ליה לא כן גבי שבוע' דאשתבע כו' • דהי לא טעין אנן לא טענינן ליה אלא אמרינן לי' זיל שליס ונעמה מבוה דהשטר מסייעתו וכפי זה מאהר דהמניה האונן ליורש המלו' לפוטרם משבועת כוגס וכמ"ש בשטר כ"שוק"ו דפטרם להלוקה דאשתב' ני כו' דהמניה להו משבועת היורשין •

דרואה אני' דהא לא מכרעה דעדין איכא לפלוגי ולומר דלא אליפי כח ב"ד של מלוה אלא היכא דבאו בטענת ברי"א יורשי המלו' נגד טענת ברי"א של לוה דומיא דטענת פוגם לא כן היכא דטענת היורש אינו אלא טענת שמא וטענ' ה ה היא כטענת ברי"א ויבנו תרת האפשר דאי הוה המלוה קייס הוה קא מודה ליה ללוה וכסברת של הרב בע העיטור והאיכא מ"ד וא"כ מהי ליהנא הכוח דהימניה יהו הלוה למלוה ולב"ך ולכל מוצי' כח אין משפט הזכות לגרועי כוחיה של ר' לגבי טענ'

דבריא טוען דיותר ויותר מתאי יק? מודית משר משכונות בידו של הר' התנות שמי בידיה להיוביניהו ליורש שבועת היורשין מאחר דלא מלי טעין טענת ברי"א וכאמור

האמנם הגם דהיורש לא מלי טעין טענת ברי"א מ"מ הא מיהא טענת האלמנה דהיא צועקת ודמיצתה על להיה נגד טענת ראובן באומרה דברי הוכחות ומוכרים נגד פני ר' איקהמה מוציא מהיך זקן וכוב דכ"את וכואת מסרת ביד מר בעלי ספרי תורה שאתה עוסק ולומד בה אין אתה יודע דשם נמנהתי ושם הייתי בעת מסירת המשכו' דמסרת ביד מר בעלי והנך בעיניה כדמותה פלי"מס מסרת מר בעלי ז"ל בידי לא פרוזת ולא יותר וזולת מפרטי התכשיטים לא מסרת עוד כלל כלל ואם כן כיון דאלמנה באה בטענת ברי"א א"כ הוי דומיא דפרעון דהוי טענת ברי"א והיא המוליאה שטר חוב לגבות מוב בעלה כדי לפרנס את עצמה לכבוד מר בעלה וכ"ש דהיא נודדת ללחם והאלמנה יפלה ורצונה לישבע כדי לאמת דבריה אלא דאנן בי דינא פטרנוה מכח הנאמנות הכתוב בשטר •

ועוד נראה מאחר דכתוב בשטרא דנא וז"ל וקבלתי עלי מיתכשיו ס'הרב הפוס'המחס' כה שטר זה בכל אופן ופרט שיהיה לזכות בעל השטר וב"דו כל מוציא כו והעי"את יהיה ס"' כו' ואפי' נגד מ"ן ב"י וקבלתי עלי כו' כסברת האומר' דמהני קבלה כ את כו' עכ"ל השטר הנה מאחר דקביל ע והי ועל ב"ד בכל מין אופן ופרט הנופל בחוב הלז איזה ס' זפ"וגתא דרבוותא הגם דבעלמא מלי למפטר נפשיה בטענת קי"ל הכא בחוב זה קביל עליה ר' וחייב נכסיו לדעת הסברא המחייב אותו וה"כ גם בפרט הנאמנות דנ"ד דלא כתיב בפי' והכי' שבועת היורשין דבזה הוא הפלוגתא דרבוותא דינא הוא לדיינינן כסברת הרב בע"הת ודעימיה דס"ל דמהני הנאמנות כזה הגם דלא כתיב בפי' ואפילו שבועת היורשין

הכלל העולה מכל הרשום בכתב דהדיוקוא עם היורש ועם האומנת הר' המנוח ואליפ כוחייהו להוליא מתחת יד ר' שארית רובם בלתי שבועה מכח הנאמנות אלא דלריך לקבולי עלייהו ק"ס וכמ"ש למעלה

הלעיר **אליעזר די טולידו** ס"ט

סימן ו

על ענין הנתים שבאו הבעלי חוב לגבות מן היורשים דירשו מן אביהם והיורשי' טוענים דהם לא ירשו כלום מהמת אביהם אלא כיון דהמלך יר"ה גזר על אביהם מיתה ודינא הוא דהרוגי מלכות נכסיהם למלך וגם היה אביהם חייב למלך סך עלוה הנ"ד ויד המלך שלט בממון אביהם בכל

בכל מכל כל ומחמת דהבתים האלו היו כותבי' בפנק' הבאקו"ף ע"ש אחד הגיע ידי המלך לקחת את הבתים מבעל ניתוסה ודינא דמלכותא והניח המלך הבתים על שם מי שנכתוב בפנקס הבאק'וף והבע"ח טוענים כיון דהבתים לא כתבו מורישם ע"ש אחרים אלא בתורת אמנה ולא נתנה לה בתורת מתנה אם כן כל היכא דאיתיה ברשות מורישם איתיה והא משעבד' עלינו מן הדין שאל ישאלו להיכן הדין נוטה ויורה הכמ"ה

תשובה לפום ריהטא נלדקו דברי הבעלי חובות דינא קא בעו ורב ענ' טענ' שפירה היא כיון דנטעת הה"ו"ה נשתעבדו הנכסי' מדינא דהא דקי"ל דנ"ר מכ"ן הנה הוא גובה מ"מ השעבוד חל מעיקרא ולמפרע וא"כ שפיר מחייבינן לפרוע חובות אביהם דהא ירשו מאביהם .

אמנם לפי קושטא דדינא אין כח בידינו להוציא מידם והמינא לה לכאורה מתלת טעמי האחד דיש לנקור העיקרא דדינא הא דקי"ל דהרוגי מלכות נכסיהם למלך'אי כחו של מלך כדין יורש גמור דממילא הוא זוכה בנכסיה בלתי קנין כלל הו בעינן דליעבד קנין המועיל מן הדין ובלתי קנין היכא דאיתיה ברשו' היורשי קיימי וה"ה נר' לומר דיש לדיוקי מגופא דברייתא דקתני הרוגי מלכות נכסיהם למלך הרוגי ב"ד נכסיהם ליורשים כדאיתא בברייתא פ' נגמר הדין דמ"ה וכי היכי דהחלוקה דהרוגי ב"ד דקתני דנכסיהם ליורשי' הוא בלתי קנין והויא ממילא בלתי שום קניה מינה נמי החלוקה דהרוגי מלכות דנכסיהם למלך והויא נמי ממילא בלתי שום קנין והכי נמי הוי משמעותיה דקרא אשר ירד שם לרשתו דנקיט לשון ירושה וכן ראיתי להרמ"ה שם בהי' שכתב וז"ל מדנקט לרשתו ולא לגוזלו ש"מ ירושה גמורה היא למלך וא"כ מאחר דהמלך ממילא הוא יורש בלתי שום אופן דקני' א"כ נמצא דהבתים בנ"ד לא נכנסו ברשות היורשים אלא קמה וגם נלכה ברשותו של מלך ונמצא דלא ירשו מאביהם כלום אלא הנה המה מתחופפים בגללו של מלך

ואחר הדפוס ראה ראיתי להרב מהרימ"ט הובאו דבריו בתשו' מהרח"ש ח"א סי' ל"ד שנסתפק בהאי דינא דהרוגי מלכות וז"ל ואני מסתפק אם לאחר מיתה זכה המלך או להחזיק בהם וכ"ת לממון שלהם שנמצא ביד אחרי' מותר לעכבן דאפשר לדקדק דהכי משמע קרא אשר ירד שם לרשתו בירידה לשם ירושה כו' כי היכי דאמרינן במה ירשתם בישיבה כו' יע"ש ועיין להרב מוהר"י אזולאי בס' ראש דוד דקכ"ד והגם דהרב מהרימ"ט נסתפק אחרים מ"מ אינכה בידינו להוציא ממון ההרוג הנמצא ביד אחרים דאפשר דלאחר הלה זכית המלך ולא בעינן שיזכה בנכסים בפ"על ומינה בנ"ד דלו יהי דהני בתי בתורת פקדון אינהו ביד האשה ולא יש לה בהם זכיה דבתורת אמנה נכתבו ע"ש מ"מ השתא ודאי שהם בידיה לזכו' בבתי' אלו הנכתבו' ע"ש מ"מ המי בידה לזכות וזכיה מעלי' ואין גם אלימות כח ביד הבע"ח להוציא מידה כלום

באופן דמהאי טעמא דכתיבנא אודא להו להבע"ח שעבודייהו מהני בתי ולדקו טענתייהו של היורשים באומרם לא ירשנו כלום מאבינו ואפי' אם יהיה האופן דהבע"ח היו מוחזקים דתפסו עתה מן היורשים יש לדונו' להוציא מידם וכמו שאכתוב לקמן בע"ה הטעם השני הוא מטעם דינא דמלכותא כי כן יסד המלך וגזר אומר כמ"מ"ו על כל הבאקופי"ם שכל מי שנכתב על שמו של הוא דכיון שהלכו הבעלים לפני המושיב'ליונו שיעביר שמו על פנקס הבאקוף ושעבי' ע"ש פ'לא נשתייר שום זכות וזכיה לבעלי' הראשו' ואפילו פ' שנכתב על שמו מת בלא בנים יורשו המלך יען דכתוב בפנקס הבאקו'ף על שמו הנה דלוותו כהודאת הבעלים הראשונים דהכתיבת בפנקס הבאקו"ף לא היתה אלא בתורת אמנה ואפי' הביא מאה ע"ים דמסהדי הכי דבתור' אמנה הוא אפ"ה לא לייתי להו מכח אורמנ' דמלכ' והכי נמי הוי להיפך אם מתו הבעלים הראשונים בלא בנים אפי' דנתברר לבאקוף דבתורת אמנה נכתב ע"ש מי שהוא עכשיו מוחזק אבל לעולם זכות של בעלים הראשונים הוא עכ"ו דינא הכי הוי דשבקי ליה למי שהוא כתוב עכשיו על שמו כי כן יסד המלך ודינא דמלכותא דינא ואלים כחו של מלך להפקיע וכוחו הזוכה מדין תורתינו ולזכותו לאחר וכמו שמתבאר במסוגי' דפ' חזקת דנ"ה ע"א אמר שמואל נכסי הגוי הרי הן כמדבר כו' אמר ליה אביי לרב יוסף והאמר שמואל דינא דמלכות' דינא ומלכא אמר לא ליקני ארעא אלא בשטרא ופי' רשב"ם והיאך יקנה זה המחזיק הואיל ואין לו שטר מכירה מן המוכר אלא לוקח ראשון יקנה בדינא דמלכ' לכי אתי שטרא לידיה מן המוכר יע"ש

למרנו דהגם דמד"ת זכה השני מתורת הפקר וכל הזכיות שיעשה הראשון הנה הנם הבל ואין בה מועיל דכתיבת השטר דיכתוב המוכר ע"ש הא' חספא בעלמא הוא דאמר' מה לי הוא מה לי אחר דהאלו אתא אחרינא וכתב ליה לראשון שטר מכירה מי אהניא ליה כמו כן נמי כתיבת המוכר עצמו דהא נתרוקן זכותו מכל וכל ואפ"ה אמרו דמ"ד דכתיבת השטר מן המוכר לי"א מפקא זכייתו של שני אף מדין תורתינו הקדושה מטעם דינא דמ"ד וזכה הראשון אף מדינא דאורי' הכי נמי שנכתב על שמו בפנקס הבאקוף בתור' אמנה הנם דבדין תורתינו הקדושה אין זכיה דאין כאן הקנאה וליכא דעת מקנה מ"מ מתורת דינא דמלכו' חל עליו זכיה אפי' שהביא עדים דבתור' אמנה הוא עכ"ו דנא דמ"ד והו"ל כנאמנות לדידן דהגם דמביא עדים דפרעיה לא מהימן

וכ"ת אין ראיה מסוג' דלעולם אימא לך דהיכא דבתורת אמנה בא לידו ליכא דינא דמלכותא מטעם דלא ידע המלך אמיתות הדבר היכי הוה דאלו הוה ידע אמיתות הענין דהכי הוה עובדא הוה מודה להו לבעלים הראשוני' כיון דלא נתכוונו הבעלים להקנות ותלמודא שאני דליכא דעת המלך דאין הקנאה אלא בכתיבת השטר אם כן

גם

גם המוכר בקבלת דמי המכר אין גומר בדעתו להסתלק לגמרי יעו"ש בהר' בא"ו ז"ל שם

הא ליתא דהא פי' רשב"ם שם בפלוגתא דאביי ור"י הוא דרב יוסף ס"ל דלא כאביי דס"ל דמלכא אמר לא ליקני ארעא אלא בשטרא דלאו דינא דמלכות' היא אלא בחזקה נמי כו' ואביי ס"ל דלא נאמר דינא דמלכות' אלא דוקא בשט' ולא בחזקה יע"ש נמצא דפשיטא ליה לרב יוסף דבאופן חזקה כי האי בלתי דע' מקנה לפשי' דאילו קדמ' ליה ידיע' למלך דאופן החזקה הלזו דהאוי' בלתי רשו' בעלי' לא הוה מוכי ליה למחזיק דלאו מאמרו של מלך אלא למחזיק מכח בעליו עכ"ז אמרי' כך היא מאמרו ש"מ ודינא דמ"ד ואביי לא פליג עליה דר"י אלא מטע' דאין במאמרו של מלך אלא שטר וליכא למימר דהאני הכא דמהני משום דבדינינו נמי מהני והכא המחזיק בהאי חזקה דהא משמע דלרב יוסף מימרא דשמואל דנכסי הגוי הרי הן כמדבר נאמרה היכא דליכא הורמנא דמלכא דאי הורמנא כו' איכא למה לי מטעם הפקר הלא ודאי דאהני הורמנ' דמלכא אף דלפום דינא דאורייתא' ליכא שום סרך זכו' וזכי' גבי הלא דאהי עלה מטעם דינ' דמ"ד זוכה ולא אמרי' דאי הוה קדמה ליה ידיעה למלך אופן הקנאה לא הוה מוכח ליה למחזיק ואיברא דאין נר' כן מתשו' הריב"ש סי' קמ"ה דנשאל על רבקה דמת בנה ולא הניח בנים כו' והניח קרקעות והנה רבקה אמו פרעה ללאה כלתה כתובתה מהקרקעות ונתנה לה בית דירה הידוע לבעלה והדירה השני' הקדיש' הוהב כו' ואח"ך תירשת שר העיר כו' באמרו כי המלך רוצה לירש כו' קמה רבקה ומכרה לסוחר אחד הקרקעות הנז' בערכעות לפי שבדיניהם האם יורשת את בנה ועשו שטר כו' והיה כל זה בשער אמנה כי לא קבלה מעות מעולם כי לא היתה מכירה רק על דעת שיעמדו הקרקעו' ברשותו למען לא ישלח בהם יד שר העיר וכשמלאו רווחה מן השר החזיר הסוחר הדירה האחת להקדש ולאה תבעה ג"כ מהסוחר דירתה ולא נתרצה כו' אח"ך מתה לאה ובא יורש לאה להתקוטט עם הסוחר כו' והשיב וז"ל נראה שהדין עם היורש דהמכיר' שעשת' רבקה לסוחר בטלה כדין תורתינו דאין האם יורש' את בנה ע"כ יעו"ש

והשתא ניחא אנן דהדרי הריב"ש ז"ל בכתבה מתשו' ס"ל כשיטת הרמב"ן והרשב"א ודעימיה דהני תרי ליסני לא פליגי והיכא דאיכא הורמנא דמלכא אמרי' דינא דמ"ד ול"ש מכר ול"ש מתנה וכמ"ש ז"ל וא"כ אמאי בטל הריב"ש הכא קני' הסוחר דמאחר דמדינא דמלכותא האם יורש' א"כ ערעור יורש לאה בטל להאי טעמא קמא אלא ודאי לכאורה דפשיטא ליה להריב"ש דמאחר דנתברר בהאי המכירת רבקה לסוחר היתה על צד האמנה למען לא ישלוט בנכסים המלך א"כ לא נאמר בכה"ג דינא דמ"ד מטעמא דאי קדמה ליה ידיעה למלך דעל צד האמנה היתה לא הוה מוכח ליה להסוחר בכל וכאמור נמצא דמת' הריב"ש הלזו מוכח היפך מ"ש.

והגם שלא ראיתי להרב מעשה חייא סי' י"ב להביא תשו' הריב"ש וכתב דמאי דביטל מכירת רבקה הוא מטעם דלא שייכא בכה"ג דד"מד כי דינא דמלכות' הוא בדבר שהוא נימוסי ומשפטי המלוכה ואפי' בדבר דבין אדם לחבירו אליבא דהר' העיטור ודעימיה לא בקיום דת הערכאות כו' וכמ"ש הרשב"א כו' יעו"ש מוכח מדבריו דבנ"ד דאינו בדת הערכאות אלא בענייני נימוסי ומשפטי המלכים לגזור אומר דכל שהעבירו המוטב'ילי בפנקס הבאקוף ע"ש מי שיהיה הרי הוא שלו וכ"ש וק"ו בבאקופ'ים שבנ"ד דהנה הנם בתורת שכירות מוקדם ואינם מוכרים לשום אדם ממכר עולם אלא של מלך הם יעויין להר' פ"מ ח"ב סי' ס"ט דברי אמת בתשו' סי' י"ב דמ"ה ע"ד בני אברהם ח"מ סימן נ"ל וס"ב אם כן שייך דינא דמלכות' והגם דלא נכתב השטר אלא על צד האמנה כדי שלא ישלוט בו ידי אחרים שהם שרי המלכות ובנודע לפי מה שהבין הרב מעשה חייא בת' הריב"ש באופן דלדידי מש' לי דמתברר מתשובת הריב"ש ז"ל דהיכא דלא היתה העבר' המוטיב'ילי לפנקס הבאקוף אלא ע"צ האמנ' דוקא ולא לשום סרך וכיח וזכות כלל בכה"ג לא נאמר בהאי כללא דדינא דמלכות'.

וראיתי למהר"י קוב'ו בס' גבעות עולם סימן י"ו שנשאל על מומר אחד דנתירא פן ימות ויטול הפיטאמ"ל כל נכסיו הלך בפני עש"ג ועשה יורש למומר אחד כדי להבריח את נכסיו מהפיטאמ"ל ואח"ך מת המומר המורים והיה תובע כתובתה הישראלית אשת המומר שיורש בנכסיה בעודו ישראל כו' השיב הרב ז"ל בדמ"ז ע"ב וז"ל דכיון שעשה זה ההוג'יט הוא מפני דנתירא שלא יטול הפיטאמאל כל נכסיו כו' הרי בפירוש דאין כונתו להקנות לו שום דבר אלא להבריח נכסיו נתכוון כו' א"כ אם יש עדים בדבר ודאי דלא קנה בין בדינינו ובין בדינא דמלכותא והגם דלא יהיה עדים בדבר נרא' דמכח אומדנא אמרינן דודאי היתה כונתו דלא שביק איניש בנו ועושה יורש אחר יעו"ש הרי לכאורה כמו שכתבנו דהיכא דאין כוונתו להקנו' בכתיבת ההוג'יט לו אלא כדי להבריח הקרקע מהבאקוף וכגוונא דנ"ל א"כ אמרינן דלא גזר אומר המלך במאמרו דליהוי דינא כו'. והרי זה כמשמעות דברי הריב"ש שכתבנו.

ואיברא דאין ראיה לנ"ל מדברי מהר"י קוב'ו דהא איכא למימר דבנ"ד דכל כונתו לא היה אלא מחמת דהגביר נ"ע דנהרג ע"פ מאמרו של המלך היה הפקיד על אזג'אק של רגלים וכל ימי חלדו עודנו באבו בהאי פחדא ואימא היה הוסב אולי יעבור עליו מים הזדונים וכוס התרעל' כאשר עבר על הגביר מר אביו נ"ע ועל אחיו הגביר נ"ע אוי לעינים שכך ראו אשר מטעם זה הוצרך ליכתב הבתים על שם אשתו אולי יהיה שארית הפלט' למזונות ופרנסת אשתו אחר המאורע כאשר היתה נאמר דע"ד הקנאה נתכוון וכי תימא אם איתא

איתא דעל דעת הקנאה שפיר' נתכוון ועל מה וע"מ לא כתב לה שטר בדיני ישראל הא לא מכרעה כלל דלא היה לו פחד וערעור מכח בניו ואי משום ערעור הבעלי חובים וכאשר נתעוררו עתה על זה ודאי לא עלה ע"ד כלל מטעם דמנהג המלך הוא לכרוע בעלי חובים של הרוג עפ"י מאמרו ובנ"ד יען דהמלך הוציא לו חשבונות וחובות מכל האוצ'אק נתפרע הוא חובותיו ולא נשאר פרוטה לשאר הבעלי חוב והשתא דאתינן להכי עלתה ארוכה דמעולם לא שמענו מי שעלה על לבו להשוב מחשבות כי מי שכתוב ע"ש בפנקס השאקוף בתו' אמנה לזכות בקרק' טענ' דינא דמ"ד אלא ודאי דכל שהוא בתו' אמנה דאין כאן לא דעת מקנה ולא דעת קונה לא אמרינן דינא דמ"ד וכמו שנרא' מתשו' הריב"ש

ועוד עלה על דעתי למימר דהשתא דפשטה ההוראה בעירינו קוסט'א יע"א • בכל ההקנאות בתים וקרקעות לבעל בשפתים ולכתוב בשטר המכר איך הוא סמך לדעתו בלתי כתיבת והעברת המוטיב'ילי בפנקס השאקוף ודלא כהרב דברי אמת בתשובת הנז' לעיל דכבר חלקו עליו גדולי האחרונים יעויין מה שכתב הרב השך שלמה ד"ק והר' מט"ש בנו והרב ידיו של משה הנ"מ יעוין בה"מ סי' דמלין הריש קונה נמצא דלא קבלנו האי דינא דמלכות' דגזר אומר דכל שלא נכתב שמו בפנקס השאקוף לא יזכה וא"כ שגם דהוכחנו למעלה מסוגייא דפ' חזקת דיש כח רב ואלימות בידו של מ"ך להפקיע דין תורתינו מ"מ כבר כתבו ז"ל היכא דיש מנהג לא נאמר ועיין להרב ח"ם שם בדק"ה ע"א

באופן דמהאי טעמא דדינא דמלכותא לא אהניא לן לזכות ליורשים וכי תימא הא פלוגתא דרבוותא היא אי מהניא הודאת המוכר דקבל דמי המכר או לא מהניא וא"כ לא יהי דבהאי כתיבת בפנקס שהאקוף נתכוון הגביר להקנות הבתים לאשתו מ"מ הא איכא ספיקא אי קנה או לא ובהאקופים דבזמנינו בלשון הודא' הם מחוקר ודורש המוטיב'ילי איך נטל וקבל המוכר כל דמי המכר ולא נשאר לו לגבי הלוקח שום פרוט' יעויין להרב מהרח"ש ח"א סימן יו"ד ובמה שרמ[ז]ו גדולי האחרונים הא לא מכרע' דהא בבתים הללו היא האשה שדר' בבתים והיא מוחזקת בהם והבעלי חובים להוציא מיד'עליהם להביא ראיה דהא היכא דאיכ' ספיקא בין ב"ה ובין מקבל מתנ' המקבל מתנה הוא המוחז' כמו שמתברר מדברי הנמק"י פ' המקב' בסוגי' דיתומי' האומרים אנו השבחנו וב"ה אומר כו' כיון דלגובייני' קיימא על היתומים להביא ראי' וכתב דע"כ בלשויה ניהליה אפותיקי מפורש דאי לא הכי אמרינן דקיימא לאור' ואפי' לוקח מלי לסלוקי בזוזי כו' יעו"ש מוכח דכל כמה דלא שויה אפותיקי מפורש בכל ספק דאתיליד בין היתומי' ובין הב"ח על הב"ח להביא ראיה וכ"כ בפי' מרן ב"י סי' קט"ו סעי"ד וז"ל והיכא דלא שויה ניהליה אפותיקי מפורש ויתומים אומרים אנו שבחנו וב"ח וכו' נרא' דעל הב"ה להביא ראיה דארעא בחזקת יתמי קימא ולא לגוביינא דהא מלו לסלוקי ליה בזוזי וכ"ת עד כאן לא אמרו"ה הרב הנמק"י ומרן ז"ל אלא דוקא ביתו' גופייהו דאלים כח דידהו דע"כ לא פליגי אמוראי מלי לסלק ליה בזוזי אלא דוקא בב"ח ולוקח אבל בב"ח ויתומים אליבא דכ"ע מלי לסלק ליה לב"ח מטעמא דברא כרעא דאבוה הוא הא לא משמע מטעמא דיהבו הרב הנמק"י ומרן ז"ל דלא לגובינ' קיימא לעולם דהא שמי בידייהו לסלוקי בזוזי והרב הנמק"י הוסיף דיוק ואפי' לוקח כו' ואם איתא דס"ל להרב הנמק"י דאיכא נפקות' בין יתומי' ובין לוקח היכי יהי' טעמ' הנמק"י ליתומי' גופייהו דכי הוי ס' ביניהם ולא שויא אפותיקי דעל הב"ה להביא ראיה משום דאפילו לוקח מלי כו' דהא בהאי דינא גופיה על הלוקח להביא ראיה אלא משמע דס"ל להרב הנמק"י ומרן דכל ספיקא דאתיליד בין ביתומי' ובין בלקוחות עם הבע"ח מאחר דהבעלי חוב אינן באין אלא מכח שעבוד בעלמא אוקמינן ארע' בחזקת יתמי' ולקוחות דאינהו אדעתא דגופא דארעא נחתו • וחשבינן להו מוחזקים בארעא •

שוד הדבר מפורש בדברי מרן הב"י שם מתו' א' על מה שכתב הרב העיטור דאם הלוקח אומר אני השבחתי ובע"ח אומר הוא על הלוקח להביא ראיה כיון דלגוביינ' קיימא המלוה נקר' מוחזק כתב וז"ל ומשמע לי דהיינו דוקא בדשויה ניהליה אפותיקי מפורש דאי לא על הב"ח להביא ראיה דומיא דיתומים כו' יע"ש וכן ראיתי להרב מהר"א אלנגרי סי' י"ט שכתב וז"ל ועם כל זה דן אנכי דכיון דפלוגת' היא יד הלוקח על העליונה שהוא המוחזק והבע"ח או האשה עליה' להבי' ראיה ומנא תימר' דהלוקח הוא המוחזק כו' ואח"ך ראיתי בפ' המקבל יתומים אומרים כו' יע"ש

וכן כתב הרב פאת נגב ח"מ סי' ו' וז"ל דכל אדם שמכר קרקע או נתן ומת ובא הב"ח לגבות ואתיליד ס' בקניה או דהוי פלוגת' דרבוות' אי קנה או לא קנה הלוקח הוא המוחזק יע"ש והכי מתברר מאותה תשו' דמהר"י קולון הנז"ל ד"מ ע"ב ד"ה אמנם שכתב וז"ל כ"ש בנ"ד שהיורש הוא המוחזק כו' שאפי' בלוקח כשהוא מוחזק כשאתיליד ספיק' לדינ' כו' מוקמינן ליה בח[ז]קת הלוק' יע"ש הרי דפשיטא ליה דבאין לדון הב"ה או האשה בכתובתה עם הלוקח דינא כוא דדייני' דהמוחז' הוא הלוקח דומי' דנדון דידי' אלו הוא הלוקח הכי הוה דאין הר"י ז"ל

אמנם ראיתי בתשו' כתיבת יד להר' יצחק ן' לב ז"ל דנשאל על בעל שמכר חזקת קרקע ולא קנו מאשתו ומת הבעל ובאה לערו' אי דיינינן לאלו החזקות דין קרקע או לא ועוד אי גבי השבח שהשביח הלוקח דהא אסיקנ' פ' יש בכור כו' ואפי' אם תמצ' לומר דגביא אי משלמת ההוצאה כדין היורד לתוך שדה חברו כו' והשיב הרב וז"ל ובענין ההוצאות כו' דעת הרמב"ם ז"ל פכ"א דמלוה ולוה הורו הגאונים כו' והרי"ף גם האחרונים ס"ל דאין ב"ח משלם הוצאה כלל כיון דחייבין לו כ"כ מעות ויותר והל' כבתראי כ"ש שהן רבים וכ"ש דאי הוי קרקע בחזקת בעלי'עומד' שהוא הב"ח והאשה שנשתעבד' להן מתחי' וכל ספק דאיתיליד

דאיהיליד איכא למימר המוציא מע"ה והלוקח הוא המוציא כיון דבה קת מ"ק קיימא ארעא עכ"ל גם הרב גד"ת בד"ך ע"ג חלק על דברי מרן ב"י מרו' א' הנז' דבב"ח הלוקח להביא ראיה בין עשאו אפותיקי בין לא עשאו אפותיקי יע"ש והרב ש"ך סי' קע"ו ס"ק כ"ג על מרן בין ביתומים ובין בלוקח אף דלא עשאו אפותיקי מפורש בכל ספק הבעל חוב הוא המוחזק ומתברר מדבריו בין בספק דמציאו' ובין בספיקא דדינא כגון פלוגתא' דרבוותא אמרינן דהב"ח הוא המוחזק וע"ש בפסקי דינים ס"ה

והנה הרא"ש ז"ל הביא לדבריו הר' בא"ז דרע"ו ע"ה וע"ג והרי"ב"ה בהי' למציעא כתב דבעי' דתלמוד' ב"ה בלוקח דכי הדדי נינהו לכל מילי ואין הפרש ביניהם שלא תלינו חילוק בין יתומי' ולקוחות אלא דאיכא נפקו' ביניהם להיכא דלא כתב המוכר דאקנה והשביח המוכר אחר הלואה וכן את השביח אני היתומים אחר הלואה דלגבי יתומי גובה מהם מסו' דמע"פ גובה מן היורשים ואלו גבי לוקח בין השביח מוכר אחר הלואה ובין השביח לוקח אינו גובה ממנו מיהו על הלוקח להביא ראיה כמו יתמי כו' יע"ש ו"ל [illegible] דמלינו להרא"ש דמסכתה לא בעיא דתלמו' אף בהוכן השייך לפום דינא וא"כ גם דבר הר' העיטור הכי מפרשי' להו ומאי דקא' הרב העיטו' אני השביחי ה"ה אכ המוכר השביח כיון דלא כתב דאקנה והר' שם בדי"ה ע"א כת'ו"ל והלכך הא דאמ' דמוחל ב"ה גובה את השבח רולקין המלוה והלוקח ודוקא דכתב דאקנה כא לא כתב דאקנה לא גבי גבו"ה עד כאן ומעתה דברי הרב גד"ת דחלק על על מרן דבניא לוקה מדין יתומים בדאיכא ספיק' אם השביחו הלוקח וכהמוה לעיל כפי דברי הרא"ש ז"ל נז' ליתיה אלא יתמי ולוקח כי הדדי נינהו ושוו בדינייהו וכפי שיטתו של מרן דודאי אין דברי הרב העיטור כפשטיה באומר הלוקח אני השבחתי דהא לא הכי כתביה ליה המוכר אנא אקו' והשביח כו' אלא ודאי דהרב העיטור קאי היכא דלא כתב דאקנה כו' לזה כתב מרן ומשמע לי גם מדברי הרמ"ך שהביא הרב בא"ו שם שכתב וז"ל האי מאן כו' ושבחו יתמי הנהו ארעת' לא מלי ב"ח למטרף מידי בההוא שבחה היכא דלא שויה ניהליה אפותיקי והיכא דקא טענו יתמי אנו השבחנו על היתומים להביא ראיה כו' אבל היכא דשוי' ניהלי' אפותיקי כו' שקיל ליה לשבחא דהוו להו יתמי כיורד לתוך שדה כו' שלא ברשות יעו"ש מוכח דפשיטא ליה להרמ"ך דלא מבעיא לוקח אלא אפילו יתמי בכל ספיקא דאיליד הב"ח הוא המוחזק

ואין להביא ראיה דזה תלוי במחלוקת הרמב"ן והרשב"א הביא דבריהם הר"ן סו"פ מי שהיה נשוי בזוה שמכר קרקעותיו לג' בני אדם ולא נהכרש בשטרות זמן ובא המלוה וכל אחד דוחה אותו ואומר הני מוקדם והנהתי לך מקום דדעת הרמב"ן הוא דעל הב"ח להביא ראיה ואם לא הביא ראיה מפסיד ודעת הרשב"א דאינו מפסיד כלל רמ"ג ורמ"ג יע"ש

הרי דאיכא למילף מדברי הרמב"ן דס"ל דהלוקח הוא המוחזק ועל הב"ח להביא ראיה מאחר דאיכא ספקא בבנייתו אם יש לו זכות או לא ולדעת הרשב"א הב"ח הוא המוחזק ועל הלוקח להביא ראיה כל היכא דאיכא ספיקא בקנייתו עליו לברר הא לא מכרעה כלל ולפולם אימא לך דאפי' הרשב"א ז"ל מודה ובא דהב"ח הוא נקרא מוציא משום דהלוקח מוחזק במקחו והיינו טיב' דהוכן הספק הוא בעיקר שעבודו מעיקרא אי חל על דבר זה או לא כגוונ' דשבח היכא דלא כתב לו דאקנה וכנו' וכדומ' לזה דהספק אתיליד אם נשתעבד או לא אמנם היכא דהשעבוד ודאי דבריר לן דהשעבוד חל הותו עצמו שאנו דנין עליו וכהאי דינא דקאי הרשב"א והו לטעמא טעים הרשב"א ז"ל משום דשדות שניהם משועבדים לב"ח כו' כלומר דהשעבוד ודאי . ואין בו ספק בעיקר אי נשתעבד או לא והכי מסתברא לן לפלוגי בהכי דהא כתב הרב נא"ו משם הרשב"א דלא אמרו דעל היתומים להביא ראיה אלא דוקא באפותיקי מפורש אבל היכא דלא שויה אפותיקי מפורש על הב"ח להביא ראיה דהוא נקר' מוציא דהא מלי לסלוקי ליה בזוזי יעו"ש וכדכתב ה"ה דהרמב"ן והרשב"א בשיט' אתת קיימי לפרש דאוקמת' דהפותיקי קאי לכל הסוגיא יע"ש להרב לה"מ שם ומדיהיב טעמ' הרשב"א ז"ל דהב"ח נקרא מוציא משום דאין בידו לטרוף הקרקע יען דמלו היתומים לסלוקי ליה לב"ח אשר מהאי טעמא נקר' מוחזקים מינה נלמוד ללוקח דאלים כחו כאלמות כח יהמי והו"ז ניהו קרינן ליה מוחזק •

ואיך שיהיה האי דינא אי ב"ח נקר' מוחזק לגבי לוקח במחלוקת הוא שנוי וכאמור וע' למוהרא"נ'ה ח"ב סימן מ"ו דפשיט ליה דהלוקח הוא המוחזק וכן לדעת הרב פני משה ח"ב סימן ל"ב ובה"ג סימן ו"ן וע' נהרב מהרה"ש ח"א סימן כ"ב ובמה שרימו הרב כרם שלמה ח"ם סימן ל"ה ול"ו ומה שהביא שם מתשו' מוהר"ש דאוהב כסף דב"ח נקר' מוחזק יעו"ש

לדידי אין ראיה מהתם כלל דוק וע' בס' וכרון לברית ד"ם ע"ד וע' בתשובת הכנה"ג ח"מ סימן קל"ו דהובא שם תשו' מהר"ת אלינגרי דפשיט ליה דהב"ח נקרא מוחזק לגבי לוקח יע"ש דרמ"ג ע"ב ובמסקנתו שם וכבר באו דבריו בתשו' בס' לב שמח ח"ב סימן יו"ד והרי זה היפך דבריו דסי' י"ט דה"מ הנו"ל ושם הביא ראיה דהלוקח הוא המוחזק מסוגיא דיתומים אומרים אנו השבחנו ולפי מה שנידלתי בדעת הרשב"א ז"ל דהיכא דבריר לן השעבוד דחל על אותו דבר עצמו שאנו דנין עליו הב"ח ה"א המוחזק א"כ אין ראי' מאות' סוגיא דהביא הרב לב שמח לנ"ד והני שאלות הרב ז"ל אותה דהא"ם וה"מ הם בנויים. דבריר לן השעבוד הב"ח אלא דהב'יות אם הוקבע או לא יעו"ש ועיין להרב כנה"ג סימן קי"ב הגה"ט אות י"ו ו"ך שמחת יהודה הכ"מ סימן ס"ה ועיין להריטב"א בחי' לגיטין פ' הנזיקין דל"ו מהס' ע"ד דכתב ובעין לא אפשיט' הילכך כא גבי ממתנה והמוציא מע"ה יעו"ש ועיין לתוס"ר בס' יד המלך פ"ב מהלכות •

באופן דאילו מטעמ' דהודא' בפני המוציאי'
בגם דאיכ' פלוגת' דרבוותא אי
מהני' הודאת המוכר או לא מ"מ אין כח בידינו
להוציא מיד האשה וכאמור אלא דהאי טעמ' דדינ'
דמלכות' כבר כתבנו דלא מכרעה לא נשאר נגן אלא
טעמ' קמא דהרוגי מלכות דנכסיהם למלך דהמלך
קונ' בלתי אופן קניה כלל אלא דהר' מהרימ"ט
נסתפק בזה ורוא' אני ממעשים בכל יום דמי שמת
בלא בנים ומדינ' דמלכות' כל הבתים וכל החנויו'
הכתובים ע"ש הם למלך אפי' שאחרים דרים בתוכם
ואין קונין ישראלים ולוקחים מאת המלך הבתים
והחנויות ונכנסים בתוכן ואין פוצה פה לומר מאחר
דהמלך לא עשה שום קנין ואופן קניה כלל כ"ח וא'
כדאיתי' א"כ עדין הם ברשות היורשים ולא שייך
כיעו"א דאי שהקת כו' וכמ"ש הרדב"ז ומהרימ"ט אלא
ודאי דלא בעינן אופן קניה כלל שיעש' המלך בכל
דבר ודבר קנינו הראוי לו כיון דמדינא דמלכו' אתי'
עלה כך דינ' דמלכ' א' דזכותו חל על הנכסים תכף
ומיד במיתתו כדין יורש גמור דחל זכותו ממילא .

ואין לדחות ולומר דאין. ראי' מהבאקופי'ים
שאני דהנה הנה בתורת שכירות מוקדם
ועל תנאי כזה השכירות מעיקרא דנמצא דהכפומיל
חזרו לבעליה' הראשוני' שהוא המלך דהא לא מכרע'
כלל דאם באת לידי מיד' ואת הא תינח לבתים
וקרקעות וחנויות ברם כסף וזהב כסף מטלטלי
וכיוצא דמוכר המלך בלתי שום קניה כלל מאי איכא
למימר אלא ודאי כדכתי' ועיין למהרא"ה הנ"ד
מרן הב"י סי' רע"ג הגה"ט אות ג' ועיין בס' הנ"מ
מנחת יהודה למהר"י אליעזר סי' ה"ן ובתשו' הרב
הכנ"ג ח"מ סי' ר"ד דריפטא של השאלה משמע דמה
שקנתה הקרקע האלמנ' הית' בעודה דרה בה אף
דהמלך לא עשה שום קנין ודוק אשר מכעם זה דכתי'
דזכית המלך חל מתחלה נמצא דשפיר טענתייהו של
היורשים דהם לא ירשו מאביהם כלום והודא נמי
תביעת הבעלי חוב שתבעו מאת האלמנה שהטמינה
תכשיטי' שלא שלטה בהם יד המלך ורוצים לגבו' רובם
מהן וכפי מאי דכתי'. הדין עם האלמנה מאח' דלא
חלה זכות היורשים עליהם בהריגת בעלה אלא ממון
המלך הוא ומזכותו היא נוטלת

וכ"ת הא תינח אי הטענ' זאת של התכשיטין
היה היה. אחר הריגת בעלה אמנם
בנ"ד דמה שהטמינה היא האשה היה היה בחיי
בעלה בעת ובעונה דהכניסוהו במאסר במקום אשר
אסירי המלך אסורים דנמצא דלא חל זכית המלך
כלל בנכסים אלו הטמונים אלא ירושת היורשי' חלה
עליהם ושפיר קא תבעי הב"ח לגבות מהם

הא נמי לא מכרעא דהא מתברר מסוגי' דפ'
הגוזל בתרא דקט"ו ע"ב דכי אמרינן המלכי'
ון הגויים הרי אלו שלו לא סוף דבר שכבר בא ליד
הגויים ממש אלא אפי' לא בא לידו כל היכא
דהממון קאי ועומד לאיבוד כאבודין דמי דהא פריך
בגמ' שם מדקניא מי שבא בדרקומעות בידו ואנס
כנגדו לא יאמר הרי הפירות שיש לי בתוך בתי

מרוללים על מעות הללו כו' ואוקמיה בגמ' בשיכול
להציל ע"י הדחק דוקא הא לאו הכי לא יעו"ש ורא'
הרמ"ה הביא דבריו הרב בא"ז דקפ"ב ע"ב וז"ל אבל
אם אינו יכול להציל הלא לא דכל היכא דקיימי
לאיבוד כאבודין דמי יעו"ש הרי דאף דאין הממון
נכנס בידו של אנס הלא עדין ברשות בעליו קיימי
ולא יצאו מרשותו עכ"ז מאחר דמזומנים ומעותדים
הם לאיבוד הרי הן כאבודין ומינה לנ"ד כיון דבעת
ובעונה שתפסו לרנביר מ"ך שרי המלך שיעשה
חשבון מההכנסה והוצאה ידוע ומפורסם דסוף
מעשה במחשבה תחלה אשר יזמו לעשות א"כ מאות'
שעה קרינן להו אבודין וכן הכריח הרב מהרימ"ט
באותה תשו' הנ"ל

והכי מתברר מתשו' מהר"ם הובא במרדכי שם
פ' הגוזל בתרא וז"ל ושאלת על דליקה
שנפלה לעיר והאש קופצת לכאן כו' ובא יהודי אחד
והציל ס' אחד אינו חייב להחזיר לבעלים דמאי למי'
מהפקירא קא זכינא כדאמרינן בגמ' כו' יעו"ש

ואל תשיבני ממ"ש הרמב"ם פי"ב מה' גזילה
דין ה' דמתברר מדבריו דדוקא נשטף
לארץ ממש אזי דיינינן בדבש דין הפקר
הא לאו הכי בגח שעתיד להשטף כיון שעדין לא
נשטף לא הוי הפקר וכמ"ש ה"ה וי"ל הא נמי לא
מכרעה חדא דרבו החולקין עליו רש"י ורבינו יהונתן
והרי"ה הכהן הביא דבריהם שם הרב בא"ז והרב
הנמק"י ומהר"ש ב"ב והטור וה"ה ומור"ם סי' רנ"ט
סע"ה דכלהו סברי מרנן מאחר דקאי לאיבוד דין
אבוד קרינן ליה זאת ועוד דאף לדעת הרמב"ם לא
אמרו אלא בההיא דדבש דישנו תחת האפשר דיבוא
אדם אחד ויציל דבשו לא כן בההיא דאנס ודליקא
דבריא הזיקא או דיינינן דין אבוד וא"כ גם בנ"ד
דנאמנו מצד שבועתייהו מאמרי רז"ל כתוא מכמר
אין לך בריא היזקא גדולה מזו ועיין להרב הכנה"ג
סי' שפ"ח הגה"ט אות ג' ודוק באופן דלפי מה
שכתבנו נרא' לע"ד דאין כח ביד הבעלי חובי' להוציא
מידה של האלמנה לא מן התכשיטים ולא מן הבתי'
וכאמור עוד היה אפשר לצדד בנ"ד שיזכה האלמנ'
בבתי' האלו דכתובתה על מה בטענה שאפ' למטען
מאי הפסדתיך הלא אם לא היה כתובה הלוו על
שמה היתה יד המלך שולטת בבתי' הללו והיו הולכי'
לטמיון וכמו שנשאל הפ"מ ח"ב סי' ל"ב בר' דהשכיר
חלק חלקאחד מביתו לש' ואח"ך מכר החלק הב' לאחר
והעבירו ע"ש הקונה שנו' בפנקס האקו'ף ואחר
זמן מת המוכר בלא זרע ונפל חלק הבית המושכר'
למהלו"ל וכן עתה ש' חוזר על הקונה כו' והלוקח
טוען לש' מה הפסדתיך דאם לא הייתי קוני' הבית
היה נשאר לבאקו'ף והשיב הרב ז"ל זו היא דרך
ישרה שהרי עיקר טעם המרפה הוא משום דאילמל'
הקניה היה גובהו הב"ח כו' וא"כ בנ"ד דאלו לא היה
קונה כו' והיה נשאר ע"י ר' ר' היה יורד לטמיון
א"כ מה הפסידו הלוקח ולע"ד טעם זה שריר ואין
צריך לראיה יעו"ש הרי' לכאורה דלימדנו הרב פני'
משה דטענה הלזו דמה הפסדתיך היא טענה
אלימתא ודומה שעבודו של ב"ח בזה

ואיברא

ואיברא דהוה אפשר לומר דאין ראיה לנ"ל מתשו' הרב פ"מ משום דאיכא למימ' דע"כ לא אמרה הרב פ"מ אלא דוקא כנ"ד דכלין ירד הלוקח לקרקע דהמקח שקנה היה כלין דלא משום דיש למוכר ב"ח לא מצי למכור התם דוקא אמר' הרב ז"ל וה"נ הוי הראיה דסמיך עלה הרב ז"ל מתשו' הרדב"ז הדבות סי' ת"ק דהגוי כדין לקח וחלה וכיתו על המקח שהוא הקרקע לא כן בנ"ד

ועפ"ז שכתבנו מתיישב לכאורה מה שיש לעמוד על הרב פ"מ מת' הרשב"א הביא דבריו מרן בה"ה סימן ל"ג מחודש א' על ר' שהיה חייב לגוי ותבעו הגוי לראובן לגבות חובו בדיני הגוים ובאת אשתו עם כתובת' ושילקה לגוי והגבו לה נדוניית' והא"כ בא שמעון בשט"ח לתבו' מראובן ואשתו אמרה כ"ו הוא מבלי כי כבר הגבו לי בעד נדונייתי אלו הנכסים תשו' מה שגבת' בדיני הו"ה שלא כדין גבתה דב"ח שגבה קודם זמנו מה שגבה לא גבה יע"ש הרי דפשיט ליה להרשב"א ז"ל דטענה הלזו למאי דפסדתיך לא הביא לפום דינ' דהי לכי סברת הרב פ"מ דס"ל דהאי טעמא שריר וקיים הוא א"כ לימא ליה לב"ח מה הפסדתיך שלא אם לא הייתי גובה הכתובה בפני הדיינין היה גובה הגוי הזבו מסופרי סיפרי ולא היה נשאר לך ש"כ נרם לכי מ"ש ניחא מאחר דהגבי' היתה שלא כדין וזה דקדק הרשב"א דב"ח שגבה קודם כו'

ועפ"ז כי זה נמי מתיישב תשו' מהר"י ן' מיגאש הביא' הרב בה"ו למכיא' פ' אלו מציאות דע"ב ע"ד וז"ל ר' שהיו לו בבית שמעון מטלטלין וספרים ויצא מאמר המלך ולקח את כל נכסיו ובכללם ג"כ נלקח כל מה שהיה לו לר' בבית שמעון ומכר המלך הבזה הנז' וקנו ממנו יהודים כו'. הי מצי ר' לחזור על הקונים וליטול כל זכותו תשו' כו' שורת הדין שלא נתחייב ר' לתת לקונים המעות ואפשהיה הקונ' אותם אנוס מאת המלך בקניתה אין זה מעלה ומוריד לענין הדין הואיל ואנו מדמים במה שהכריחו המלך לקנותם כאלו גזל ממנו אותו סך שנתן לו בשם והקונה ידע שהמלך גזלם ומכר' יע"ש

ועיין שם תשובת הרמב"ם ובמ"ש הרמב"ם פ"ח מהלכות גזיל' יע"ש ולכאורה תקשה ליה להרדב"ז דיכול לטעון הקונה אי שתקת שתקת כו' א"כ אמאי הייבו מהר"י ן' מיגאש' לקונה ובוציאו נקי מנכסיו אלא ודאי דנדון הרדב"ז שאני דהמקח היה מן הדין וכאמור ומש"ה שפיר מצי טעין מה הפסדתיך ואי שתקת כו' נמי מי שלקח מאת המלך מכח מהלו"ל שפיר מצי טעין מה הפסדתיך והכי מתברר נמי מתשו' הרשב"ץ ה"ג סי' קל"ה במי שלקח מן המלך ואותו קרקע היה של ראובן ובאו ב"ח ואש' לגבות כתובתה אוינן אי מה שלקח המלך הקרקע היה מכח מס שהיה חייב ראובן אין יכולין האשה וב"ח לטרוף מן הלקוחות משום דכך היא המד' דינא דמ"ל אמנם אי מה שלקח המלך הקרקע היתה שלא כדין אזי יכולין לטרוף הובס מאת הלוקחים מאחר שאין המלך זכה בקרקע זו שלקח מראובן יע"ש הרי דזכהו לב"ח ולאשה לסלקו ללוקח ולא מצי הלוקח לבא עליהם בטענ' דאי שתקת כו' ׳ ומה הפסדתיך ׳

ומעתה יש לעמוד על מה שהקש' הרב מהרימ"ט בח"מ סי' ל"ח ברמזה הפ"מ דאתי עלה מההיא דסקריקון דאמר שמואל דאפי' בשטר לא קנה עד שיכתוב לו אחריות דאי טרפי ליה מיניה מגבי ליה דמי ארעא ומאי אחריות איכא כיון דבא מכהו של גוי מצי א"ל מהדרנא שטרא למאריה יעו"ש ולפי האמור לא קשיא ע"ד הרדב"ז דהכא בסקריקון לא מדינא אית ליה קנין כלל אלא נחורת גזלנותא בא לידו דהא תלמודא למשנה ראשונה קאי דקאמרתקהו בטל וכבר כתבנו דב"כה"ג לא אמרה הרדב"ז וכן ראיתי להראשונים שם הרשב"א והריטב"א דכתבו שם דסקריקון אין לו קנין מן הדין אפי' אחר התקנ' וכבר ראיתי להר' מש"ל פט"ומטוען ונטען דאתי ע"ד הר' מהרימ"ט כמו שכתבתי יעו"ש ועי' להר' תרומת הדשן בפסקים סי' ס"ע רמזו הר' דרכי משה סי' רל"ו

ועיין להר' מעשה חייא סי' הנז' בסוף דבריו ובתשו' שמחת יהודה סי' ה"ן דהסכים לפום דינה לסברת הר' פ"מ ז"ל דטענה הלזו טענה שפירא היא ובפמ"א ח"ג סי' ל"ד שנשאל נדון הרב גבעון עולם ועיין להר' מט"ש ח"ג סי' רל"ו הגב"ט אות ו' דכתב על נדון הלז דנראה דיש לדון בזה דאין אשת המומר הב' יכול להוציא מיד כו' משום דאתי עלה בטענה אי שתקת שתקת כו' יע"ש ׳ וה"ה דלא כמו שכתב לאחר דלא קנאו המוכר וכמו שהכריח הרב פמ"א א"כ אין כאן טעני דאי שתקת כו' ׳ ועיין להרב פאת נגב ח"מ סימן ד' ודוק ׳

העולה מכל מ"ש דאין הבע"ח הנז' בנ"ד יכולין לטרוף מן היורשין ש"פ לא מן הבתים ולא מן התכשיטין מאחר דהם לא ירשו מכח נחלת אביהם כלל אלא הם באין לזכות מזכותו של מלך

והגם דהרשב"א סי' אלף קנ"ט נסתפק אי נא' האי דינא דהרוגי מלכות כו' במלכי או"ה מ"מ לא שבקינן פשטיות דברי הרמב"ם פ"ה דגזיל' דבהלכה י"א כתב דלענין מכס בין שיהיה המלך גוי בין שיהיה המלך ישראל וא"ך בהלכ' י"ב וי"ג כתב וכן מלך כו' שכעס על אחד מעבדיו ולקח שדהו כו' הרי היא שלו וכתב ה"ה דלדין זה הוציאו הרמב"ם מדינא דהרוגי מלכות נכסיהם למלך יע"ש

ועוד דהרי כתב הרב כנה"ג סימן שס"ט הגב"י אות כ"ו דספיקו של הרשב"א הוא בעיקר דינא שלהם בהרוגי גוים שהרגום מלכים שלהם אם נכסיהם למלך אבל אם גם הם כפי דינם הרוגי מלכות נכסיהם למלך ודאי דדינא דמלכות' דינא כיון דהוא דבר כולל ע"כ גם הרב מהרימ"ט ז"ל בזותה תשובה המובאה בתשובת מהרה"ש כתב

כן.

כן ע"ל הרשב"א דמאחר דמשפט הרו' בנייהם הכי דנכסיהם למלך מינה דהוי למ"ד יע"ש והכי פשיטא להו למהרי"ם אלשיך בתשו' סי' ס"ז הביאו הכנה"ג שם ולהר' מהר"א ששון סי' קמ"ז דלא שנא גוי ולא שנא ישראל

וכן משמע לי לדקדק מת' הרשב"א ח"ב סימן שנ"ו רמוז שם הר' כנה"ג אות מ"ח דנשאל הרב על שלטון העיר דמכר קרקע של ר' לש' על לא תרעומת על ר' והשיב אם הדבר כמו שאמרת שלא היה לשלטון תרעומת כו' יכול ראובן להוציא הקרקע מיד ש' דלמ"ד אמרו יע"ש הנה מוכח בהדיא דאם היה היה האמת שהיה לשלטון תרעומת על ר' זכה ש' וכפי דברי הה"מ דהאי דינא דהרשב"א וכתבו הרמב"ם כנז' לימודו הוא מדין הרוגי מלכות נכסיהם למלך א"כ מוכח דפשיטא ליה להרשב"א דלא שנא מלך גוי ולא שנא מלך ישראל אלא דבה"א נסתפק והדר פשטא והכי נמי מתברר דפשיטא ליה להרדב"ז חלשות ה"ג סי' תקל"ג ועי' להרב פ"מ ח"ב סי' ס"ט

והוי יודע דבהאי דינא דהרוגי מלכות נשאתי ונתתי בזה אי בעי המלך קנין כספיקו של הרב מהרימ"ט הנה כפי דברי רש"י והרמ"ה שכתבו ירושה גמורה היא למלך יע"ש מוכח דמתי' הלה ירוש' המלך דאי לא לא שייך למימר כי האי לישנ' דירוש' גמורה ועיין שם בפי' המקרא לרד"ק וכפי' מנחה קטנה שכתב כן בהדיא דכמו שהבן יורש כו' ודקדו' של מהרימ"ט מדכתיב אשר ירד שם לרשתו תקש"ל לרבי יהודה דפליג וס"ל דנכסיהם ליורשים ואחאב ן' אחי אביו היה ראוי ליורשו וכמ"ש בגמ' א"כ אמאי אצטריך ירידה' לקניה אלא ודאי הוא תרעומ' דמתרע' קרא למעשה אחאב דכתיב קרא דלעיל מיני' ויקם אחאב לרדת אל כרם כו' לרשתו ומה שדקדק הרב מהרימ"ט מקרא וירשתה וישבת בה מסוג' דפ"ק דקי' שדרשו רז"ל לענין חזקה כו' יש לתמוה על דברי הרב ז"ל דהאי מסוגי' דפ"ק דקידושין כפשטיה וביתו קנין א"כ בנות ללפחד יוכיחו דנטלו חלק בכורה מטעם דא"י מוחזקת מאבותינו וכמ"ש בבתרא וכמו שפסק' מהרימ"ט גופיה שם בקי' פ"ק יעויין בהי' שם ונסוג' דבני גד דס"א וכוהק' שמפרשי' ועיין להתנא פרשת דרכים דרוש ט' אלא משמע דעיקר קרא כבר בספרי הובא בילקוט שם דהוא הבטחה ליש' דעל ידי מלות הירושה יזכו לישב בה ישיבה מעליא יע"ש ומאחר דכתבו מדברי הראשוני' דמשמע להו בפשיטו' דהרוגי מלכות דנכסיהם למלך הוא כירושת היורשים דלא בעו קנין כלל והכרח של הרב מהרימ"ט לא מכרעה והוא ז"ל ספוקי מספקא ליה ננה"ג פשיטא לן לאפי' תפס הב"א מיד היורשים מפקינן מיניה ועיין להרב כנה"ג סי' שס"ט הגב"י אות ד"ן ודוק

קם דינא דבנ"ד זכו היורשים דהם לא ירשו מהמת נחלת אביהם כלל אלא מזכותו של מלך הם באים לזכות והכי עשינו מעשה דבא הדבר לפנינו ב"ד ועילא מינן מורינו הרב תנא דבי אליהו נר"ו ונשאנו ונתננו בדבר פעם ופעמים הדק היטב חלק ופטרנו ליורשים וכבר ניתן מעגל"ד ע"ז פי המדבר

הצעיר **אליעזר די טולידו**

סימן ז

שאלה להיות כי מעלת הגביר גי' חיים פרחי ה"י וגי' משה ה"י וגי' רפאל ה"י וגי' שלמה ה"י וגי' יוסף ה"י בהיותם עומדים ומשמשים לפני השרים אשר בדמשק ובע'כו יע"א זה זמן רב כנודע הנה המלכים בהתאספ ראשי עם גמרו בדעתם להשתתף כולם כאחד השותפים הנז' בין בסארפ'ליק ובין במשא ומתן ועשו שטר שותפות ביניהם ע"פ חתימת ידיהם עשוי לפו"ד ע"פ עשרי' תנאים כלם נכוחים ש"וק כהוגן ומכלל התנאים הוא שכל מה שישאר מריוח בכל שנה מפתח דמשק והגפיה בא לו לקרן גי' משה נ"ע והכל נעשה ונגמר מידם ונמשך השות' כל ימיהם ואח"ך נלב"ע גי' יוסף נ"ע והשאיר אחריו שלשה בנים מאואל נתנאל ירוקאל ונתגדלו על ברכי דודם הנז' ועבר זמן רב לא כביר שנגזרה גזירה על בתיהם ש"ל גי' חיים פרחי ונתפס למלכות ונהרג אנ"י ונמלטו אחיו גי' משה ואלמנתו של מלך חיים ז"ל ואחרי מות הגביר הנז' קמו אלמנתו ואחיו גי' משה ונסעו מע"כו ולקחו בידם כל כסף וזהב כסף ואבנים טובות ומרגליות ושטרי חו' ועיאמיסוקים וכיוצא ויסעו ללכת לדמשק ויהי בדרך במלון וה' אמר אל שרה שב'י אלמנה ויהי בצאת נפשה כי מתה באופן שכל הממון והשטרות וכיוצא שביד האלמנה הנז' גם את הכל יקח משה את הזהב גי' משה הנז' ואחר זה לא כביר שנלב"ע גי' שלמה חוץ לזמנו וחוץ למקומו ומן היום והלאה נהפך נהפך עליהם הגלגל ואין יום שאין קללתו כו' מעלילו' ועניינים רעים על גי' רפאל הנז' ולעיתים וכנודע וזהי סיבת כי לא נטפלו לעורר מדנים עם אחיהם גי' משה לתבו'ע תב'ע כל עזבון גי' חיים נ"ע ומנכסי השות' אשר בידו כנז' בשטר השותפות ויהי היום נועדו יחדיו גי' רפאל ובני הגי' יוסף נ"ע וגי' משה לעמוד לדין ע"כ הנז"ל עם גי' משה הנז' ועשו שטר ביניהם בחתימת ידיהם דקבלו עליהם ג' דיינים הא' מעל' הר' כמהר"ר יעקב ע נתיבי נר"ו והב' מע' הר' מהר"א אשכנזי והג' מע' כמהר"ר מיימון עובדי נר"ו וזה הוא נוסח שטר הקבלה

מודעת זאת אשר מזה כמו שנים למעלה מן' אשר נשתתפנו אני החותם הא' למטה והחותם הב' למטה עם מר אחינו גי' חיים וגי' יוסף וגי' שלמה בשירות הסארפ'ליק בדמשק וע'כו ומשא ומתן כמבואר בשטר העשוי בתנאים מפורשים אשר בינינו כידוע ואחר פטירת ג' הרועים הנז"ל כמה הרפקתי בימי דעד'ו עלן לתפ"ץ ועתה נראה בעינינו לברר חלק כ"א ממנו אנחנו שחותמי' הא' והב' וגם חלק בני אחינו גי' יוסף נ"ע מנכסי עזבון מר אחינו גי' חיים ז"ל והוא רביע בנכסים שמגיע

שמגיע להם בחזרת ירושה וצריכין אנו ג' דיינים לדון בכל הנז' ה"ה מע' אביר יעקב נר"ו ומע' הר' מהר"א אשכנזי והכותב כה"ר חיים מיימון נוני ה"י ומעתה ומעכשיו קבלנו עלינו ג' דיינים הנז' קבלה גמורה כתקו"ל מעוז רצונם וכש"ד ובפי' אמר שקבלנו עלינו לג' דיינים הנז' לדון בכל הנז' בענין השות' הנז' והירושה כו' בכל פרטיהם ובכל מין טענות המתהוים עמהם וקבלנו אותם עלינו הן לדין הן לפשרה אשר יראה בעיניהם שהוא פשרה קרובה לדין ויראה בעיניהם לפשר בינינו הן בכל ענין הן במקצתם ומעתה כל מה שיפסקו מע' הדיינים הנז' בכל הנז' כמו שיכתבו ויתנו בידינו שכך נראה להם בעיניהם הנז' כן יהיה וכן יקום ודנורס הקל כו' הן לדין הן לפשרה הקרובה לדין ואפי' אם יטעו בדין ה"ו ואפי' בדבר משנה אפ"ה קבלנו עלינו מעכשיו קבלה גמורה ולא נסור מן הדבר אשר יפסקו ימין ושמאל ואזהרה שמענו שאין הלוה לכ"א ממנו אנחנו החותמים למטה ולא לגי' מרדכי בן אחותם הנ"ל לספר בענין זה עם שום גוי או ערל וכ"ש להודיע הענין לאילי הארץ ה"ו וכל אשר יתברר עליו עדים או ראיה שהודיע הענין ודיבר בזה עם גוים וכ"ש עם אילי הארץ מעתה הרי חלקו הנ"ע לו בשות' ובירושה נתון לחבירו מתנה גמורה כתקו"ל ומעתה הרי אנו נותנים כ"א חלקו לחבירו וקנינו מידם קג"וס לפו"ד מעכשיו וכשנברר מה שנדבר מענין זה עם או"ה וכ"ש עם אילי האר' מעתה הרי חלקו נתון כו' ואני החותם הנ' נתתי חלקי לחבירי בקנמ"ו מעכ' לכשידבר או יודיע ענין זה בני מרדכי לאו"ה וכ"ש לאילי האר' אחרק כאשר יגזרו הומר מע' הרבנים הנו"ל ויכתבו פסק דין כאשר נראה להם הן לדין הן לפשרה ויכתבו ויחתמו ויתנו בידינו כל מי שירצה לקיים דבריהם אוי יכתבו לו מע' הדיינים הנז' בחתימת שלשתם או ב' מהם שהרשות נתונה בידינו להקריב את משפט המסרב לפני אילי האר' ולכופו לקיים משפט כתוב וכן יעשה • ולקיום כל הנז' קנו מידינו מע' הדיינים הנ"ל קגו"ש במדל"ב מעכשיו כתקו"ל כלנו יחד אנחנו החותמים ש"ח בבטוי שפתים ע"ד המב"ש לקיים כל הנו"ל והיה זה פה דמשק יע"א י"ג לח' רחמים ש' תקכ"ג ליצירה והכל שריר ובריר וקיים • ור"ל שאכי' יצא הפס"ד כתוב וחתום בחתימת הג' דיינים הנו"ל שחד מינן חייבו סך מה ליתן לחבירו או כלנו אפ"ה אין לו רשות בשום צד ואופן שבעולם ללכת ולהוציא על ידי עכו"ם ואילי האר' ולא להודיעם לאילי האר' אלא עד שיהיה בידו פס"ד ורשות מפורש מהדיינים הנז' הן מתרי מינייהו לחתימי שהם נתנו לו רשות שילך אצל הגוים ובשיעור שחייבוהו בפי' וכמו שירשוהו או כן יעשה וכל המשנה ויוציא לגוים להודיעם להוציא על ידם אפי' דבר מועט מע"כ אין לו חלק ונחלה ולא שום שות' כלל

הצעיר רפאל פרחי • הצעיר משה פרחי • הצעיר שמו' פרחי הצעיר יחזקאל פרחי הצעיר נתנאל פרחי

וזהו העתק גוף השטר העיקרי דחתימי עלה לכל הנו"ל בחתימת ידיהם ממש אות באות תיבה בתיבה

וזה העתק המעב"ד שפסקו לפי טעה אחר שישבו יום ב' ויום ה' כל היום כלו וזה העתקו ממש •

אנחנא בי דינא דח"ל שנתבררנו לדון בין הגבירים הנז' אחר ששמענו טענותי' אנחנו מחייבים וגוזרים על גי' משה הנו"ל להביא ליד המוסתפא' כל תכשיטי זהב ואבני' טובו' ומרגליו' שבאו לידו מעזבון את המלוכה המלך חיים נ"ע וכל התכשיטין של אשת הגביר כי נתברר שלקחם וכל מטלטלים ובגדים ונכסי' שיש בידו מעזבון הנז' הכל יבא ויתחלק לד' חלקים חלק א' לגי' רפאל וחלק א' לבני גי' מנחם וחלק א' לבני גי' יוסף וחלק א' לגי' משה הנו' וחלקו של גי' משה ישאר מעוכב ביד הרוצה הא' עד שיגמר ענין השיתוף והממון שביניהם ואין יכול לעשות ע"ז דקיו ותפיסו' כלל וגם מחוייב בדין בבירור תכף יבא ליד ב"ל תכשיטי זהב של אשת גי' שלמה הא' נ"ע וכל הפנקסי' של גי' שלמה וטימיסוקים וניירות שיש בידו מהנז' הכל יביאם ליד המוסתפא' דוק' בלתי שום עיכוב כפי אשר יורנו מן השמים כך מחוייב לעשות בד"ת בלי דחיות וערבוב דברים כמנהגו ומחוייב לעשות כן וגם חלק גי' רפאל ישאר מעוכב ביד ב"ד עד גמר דבר והיתה לבאר כי בתיבת נכסים שכתובה בשט' ז' אין בכללה ממון וקיים זע"ד אמו"ץ ח"ש. פה דמשק יע"א אלול רחמי' ש' התקכ"ג ליצירה הצעיר יעקב ענתיבי הצעיר אברהם אשכנזי

הנה זה העתק של הפס"ד שנכתב ונחת' ביום ח"י לאלול התקכ"ג דחתימי עלה אני החותם הא' והה"ר א' נר' שות ה"ר אברהם מותיב סד"ר מע"הק טבריא ת"ו שנתקבל מהנ' ב"ד. הנז' והודה גי' משה ואחיו ונתברר כשמש קדמנא שבא לידו סיפ'יע גדול כמו קרוב לאמה ארכו. יש בו תכשיטין אבנים טובות ומרגליות להגביר הנז' ורחבו קרוב לחצי אמה וגבהו יותר מרחבו מעט וב' תיבות קטנו' של ליג'ה זהב וכל ליג'ה דאלמנ' הגביר גי' חיים ובגדים ומטלטלי הרבה באו לידו והודה בהם וביליע' אחיו גי' רפאל וגם פנקסים וכתבים וטימיסוקים השייכים לאמ"ע ומחייבנוהו בפניו להביא הכל לפנינו והיה דוחה בקש והבלים ולא שמע ואח"ך בכח הגדול הוא ובנו לא עמדו עוד לדין והעתק הנז' ושטר השותפות השבידי מאותו יום והלאה עד עתה והן מורדיה ואין בידי יכולת כי עמו בי משפטים כל ידעום וזו תהיה ראיה ואות אמת כי הועתקו העתקות הנז' מגוף העיקרי שבידי ובידי העתקתים להרות לעט"ה מוה"ר מע"ק ירושלים ת"ו ומר בריש מעלת הרב ראשון לציון נ"ה ביום כ"ח חשון התקכ"ח ליצירה הצעיר יעקב ענתיבי

ובשנת התקכ"ו שה נמלא ושם היה מע' עטרת תפארת שיבה נברשתא דדהבא

דדהבה מעלת הרב המופלא רב משרשיא גור אריה יהודה נבון נר"ו אף הוא ראה את כל אשר נעשה כל תוקף פרסת העיבור עברה וזעם וצרה את כל אשר פעלו לשרים יד בתורת מרע"ה לבלתי שמוע אל דייני ישר' הנה גם הוא מטה יהודה על ארץ ישר' וכל אשר יעבור תחת השב"ט לית ליה די"ו שעיבולו נמפקה דם ואש ותמרות עשן אשכלות מרורות את כל אשר פעלו ועשו לבלתי שמוע לקול מורים וזה נוסחו

זאת להודיע קושט דברי אמת בענין הירושה הנוגעת מעזבון המלך חיים פרחי ז"ל הנוגעת לבני אחיו גי' שמואל ואחיו וגם חלק הנוגע להם בשות' אביהם. כידוע יש זמן רב כמה שנים צועקים ואינם נענים לא בב"ד ולא בעש"ג ולא אכל אילי שארצלהציל את שלהם מדודם גי' משה וא"ע"פ שכבר זה זמן רב כתבו וחתמו עליהם ב"ד לגמור ביניהם וישבו ב' ושלישי כראות' נוטים לחייב את ג"י משה בעניינים שנתבררו בערמו' קרירו הענין וביטלו הב"ד מלטפל ונשתדלו בכל עוז ותעצו' ושוחדות וסילקו את מע' הרב הר"י ענתיבי מדיינותו ואסרוהו בביתו ע"י השרים בכח שוחדות לאכול הכל נשתקע הענין זמן מה ושן עתה חזר וניעו"ר והן בעון בכל עת שעומדים לפני השרים והסגנים קא אכלי מנייהו ממון רב

והנה האחים גי' שמואל פרחי ואחיו קא טרחי ומוציאין ממון רב להציל את שלהם כי דודם הנז' לא לייתי לדינא הוא ובנו הגדול בכחם ובשוחדות מהפכים את הגוים כרצונם לאכול ממון שאינו שלהם ולבטל נחלה דאורייתא והנה בעת"ה זאת היתה מאת ה' פה נמצאתי אני החותם הא' פה דמשק יע"א בשליחות מצוה כידוע וראיתי כל העושק והרמת יד בד"ת שעושה גי' משה ובנו הגדול כי גדול מרדכי להשליך אמת ארצה ובדידי הוה ששלח אלי השר לדון ביניהם על ענין הירושה ושלחתי לדבר אליהם רבות שיבואו לדין ואם ירצו אפשר ביניהם ולא רצו כלל לבא ובפי' אמר שהם לא לייתי לדינא ודברו דברים קשים אשר תצלנה אזנים משמוע וכבר ידוע מ"ש הר' הכנה"ג סי' רע"ו דיש הסכמות מרבנן תקיפי הגאונים בכל אלו' הברי' רבני צפת ורבני שאלוניקי ורבני קושטא ושאר ארצו' שלא לילך בעש"ג בענין ירושה והם לא רצו לשמוע אלא בכל יום כיהולך מרדכי ואביו בעש"ג ואומרים בפה מלא אין אנחנו רוצים דייני ישראל כ"א דייני גוים ובכן באו גי' שמואל ואחיו הנז' בני הגביר גי' שמואל ואחיו הנז' בני הגביר גי' יוסף ז"ל וצעקו במרה ורוצים לידע את אשר יעלה להם בד"ת אם חייב דודם הנז' בכל ההוצאות שיוציאו כדי להכרי' לדודם הנז' לד"ת גם שאלו אחקור אני אם הפס"ד שחתם בו הר' אביר יעקב והחר"א אשכנזי אם כדין הוא עשוי ומדוקדק על אחרון ראשון כי חקרתי ודרשתי ושאלתי במעב"ד ההוא ושאלתי את הדיין הג' הרב מהר"א מיימונטובי והודה לי שכל הכתוב אמת ויציב כי נתברר בפניהם והודה בו נרס לא לייתי לדינא וקשים הם מאד וגם חקרתי אני בעדויות האחים ונתברר לי כשמש כי כל מ"ש אמו"ץ ונתברר

בפניהם והדין דין אמת וגי' משה ובנו קשים עד מאד ומרימים יד בתורת ה' בפרסום לייתי לדינא ולגבי דידהו לית דין ולית דיין ואוי לעינים כו' אי לזאת הרשו' נתונה ביד ג"י שמואל ואחיו להשתד' באונס וברצון להציל את ממונם וכל אשר בשם ישר' יכונה חייב כפי ד"ת לסייעם להוציא ד"ת לאור ולהכניע אלו המרימים יד בתורת ה' וכל אשר יוצי' עד מאה אלף גרוש' ויותר הכל הוא חייב ג"י משה הנז' לשלם כל ההוצאות שיאמרו שהוציאו ועפ"ד יהיו נאמנים כיון דשוחדות כאלו לא עבידי לגלויי ואין חייבים לברר אלא חייב גי' משה הנז' לפרוע פרעות כל ההוצאות שיאמרו והם יקחו כל הסך הנז' מלבד מה שהוא חייב להם חלקם בירוש' מעזבון מר דודם גי' חיים ז"ל וחלק מותפות אביהם ורשאים הם כל מקום שימצאו ממון בניו שהם עיקר המשתדלי' לבטל דת הקדוש' לטורפו או לעכבו ואיובא רמיא ומצוה ע"כ ב"ד וכ"ד ישראל לסייעם ולבטל מעשה דודם ולהקים דגל התוה"ק שחילולה בגוים אוי לעינים כו' אוי להם מעלבונה של תורה כו' ואנו גוזרים בכח דין תורתינו הקדוש' ע"כ איש ואשה שיעלה בידם להצילם ולהציל מיד עושקו כו' כה יעשה וכה יוסיף ומאת ה' תהיה משכורתו כו' והמנגד יחוש לעצמו מעונש התורה כו' והיה זה ביום ז"ך חשון קל"ו והכל ש"וב וקיים הצעיר

יאורה בכמוהר"ר רפאל נבון

הי"ו

והן בעון אחותו יום ועד עתה הלא לאמונה גברו בארץ והוציאו האב ובנו הדבר לעש"ג וכמפורש יוצא במעב"ד הנז"ל והוכרחו להוציא הוצאה מרובה אין כסף נחשב שוחד בחיק חמה עזה אולי יוכלו לכפותם שידונו בדיני ישראל מאחר שכבר הלכו הם בערכאותיהם באופן דאתא חמרא ובטש בשרגא על שלפו אותם העורלים להתפשר בע"כ ולתת שטר פיטורין בס"ת שיקבלו מיד האב גי' משה ובנו גי' מרדכי ויהי כאשר ראו בני סי' יוסף אביהם כי כלתה אליהם הרע' הוכרחו לעשות מודע' כדין וכהלכה לקיים מקרא שכתוב חבי כמעט רגע ואח"ז נפטר גי' משה הנז' והניח אחריו שני בנים גי' מרדכי הנז' הוא היה גבור ציד בפיו בענין הנז' וכנז' במעב"ד הנז' ושם השני גי' מנחם, והנה מן כהיום הזה כי רווח עלמא ואין ידם תקיפ' לתלות עצמן באילי הארץ כמאז ומקדם ויקר מקרה גי' מרדכי הנז' בא פעה"ק ירושלים תו' ע"י שבשביל והשמועה באה לבטל דינו גי' מרדכי הנז' כאן נמצ' וכאן היה שם לדרך פעמיו ועמדו רגליו במחנ' האלהים זה ועמדו לדין לפנינו הח"מ והוציא המעב"ד הנז' וסידר גי' שמואל הנז' כל טענותיו וראה ראינו שכל מה שבידו דברים חיזוקי' ואף שאחר המעב"ד ההוא נשתוו ונתנו פיטורין ועליו אין לחוש' כבר יש ביד גי' שמואל שטר מודעא עשויה בכל תוקף באו"ה לפום דינא לבטל שטר הפיטורין וא"כ חזרו כל הטענות לאיתנם הראשון כלומר

כלומר לתוקפם הראשון דלית נגר דיפרקינהו וגי' מרדכי יצא לטעון בדבר הדש שלא נמצא בעזבון אביו כ"א רס"ד אלף גרו'ש ועל זה הראה שפרע בעל אביו רפ"א אלףגרו'ש דהיינו יותר על עזבונו ועל זה השיב גי' שמואל שיש בידו להביא ברורים כהנה וכהנה מראיות ואומדנות שיש בידו כסף וזהב לרוב ואבנים טומ"ר מעזבון אביו וגם הנכנס ביד גי' משה מ"א כך רב מעזבון הגביר גי' חיים ז"ל יותר על המפורש במעב"ד וגם יש בידו להביא ברורין מסוכהות אהרות וגי' מרדכי טען שיביא הברורים ויעמוד לדין עמו אה"ך ויתן אותן בימים נזכרים ונעשים אנ לה' ורצה גי' מרדכי ללכת לביתו לבירוט' נשאר הדבר על שיביא גי' שמואל הבירורים כפי דבריו ומחוייב לבא פע"הק ויחדיו למשפט יקרבו ולקבל עליהם את הדין כפי אשר יורונו מן השמים . . . וגם גי' שמואל התם על זה וזה נוסחו בהיות שיש לי טענות ודין ודברים אני בהותם הנ' עם אביו של גי' מרדכי בחתום הא' וכדי לברר הענינים יאריך הזמן ולכן לא יכול להמתין הגביר גי' מרדכי פעה"ק ירושלים הנה כי כן אנהנו הח"מ מתחייבים בהגו"ש ובקנמ"ך במדל"ב שקנו אחרים מידינו לקבל כל אשר יגזרו אומר ויתברר הדין פע"הק ירושלים תובב"א עט"ר מ"מ רבין הסידא מהר"ר אג"ן נר"ו הוא וב"ד באופן שכל אשר יצא מפי ב"ד הצדק כן יקום וכן יהיה ועלינו לקבל שפיר נזדהו ע"כ אשי"ל כנז' כו' ועליו אין להוסיף ותמנו אין לגרוע ונשבענו על זה ש"א ע"ד המג"ה כו' לאשר ולקים כל הנז"ל כו' .

ואני ההותם הראשון שעבדתי גופי שגו"ש לדעת הראב"ד ולה"ם לבא לדין פעה"ק ירוש' בעת וזמן שיגזור עלי עט"ר מ"מ אג"ן נר"ו באופן שיגזור עלי בלתי שום סירוב כלל וקבלנו הכל עלינו ברצון נפשינו בלתי שו"א כלל וע"ד אמו"ן ה"ט פה ע"הק ירוש' ת"ו בשליש ראשון לחדש דרמי' ש'התקל"ג וש"וב וקיים

והיתה לבאר שמ"ש לעיל בעת וזמן שיגזור עלי עט"ר כו' היינו עד ארבעים ולא יותר ואם יתעכב החותם הב' מלהביא הבירו' אזי ההותם הא' פטיר ופטיר וש"וב וקיים
הצעיר מרדכי נתן פרחי הצעיר שמואל פרחי

וע"ז נסעו מזה גי' מרדכי הלך לבירוט וגי' שמואל נסע פני דמשק ולקח מידי כתביה אני ההו' הראשון לדמשק למעלת הרבנים ה'י שאם ירצה איזה עזר וסיוע מהדיניה הנ"ל מאיזה בירורים שיעשה שיקובל העדות בפניהם ויהיו בעזרתו כ"דת וגם לה"ר כמוהר'ם עוזי נר'ו הדיין הג' אשר הוברר בשטר הקבלה כתבנו לו שיודיענו למה לא בא על ההתום במעב"ד הגם שכבר הוגד לנו מפי הרב אביר יעקב ה"י טעם כעיקר כי לא בא על ההתום מפני פחד מרדכי ומפחד גאונו באותן הימים כנודע את כל תוקף כרשת גדולת מרדכי עם אילי הארץ ושהוא מודה ויודע בכל סנז'בעיב כל המאורע וכל הדברים המבררים במעב"ד וכן הבעל העיר בנו הר' המופלא כמוה"רין נר"ו כנז' במע"בד עכ"ז מאיות טוב אל הקרי רע וכתבנו לו שיודיע לנו את שיש בה ידיעה כל אלה הוברו ונמסרו ביד גי' שמואל והלך לו לארצו היא דמשק ובבואו לעיר דמשק יע"א נולדו לו עיכובים שהוכרח שם להמתין עד שיוכל להביא בירורים מארי"ץ ומרסיליא והדבר ידוע שהמקומות ההם הם רהוקים ואף גם זאת לפומאורפ'א וגם מאי דביני ביני נפטר גי' רפאל דוויפי סיבה כי לא יוכל לבא אל אוהל מועד כאשר היתה באמנה אתו מפיהם ומפי כתבם ויאהר עד אדר דהאי שהא ש' חדשים והיה בבאו שאלנו את פיו על אודות הבירורים ומה עשה והוא השיב כי ענין אלו הבירורי'צריכם רבה כי פ"א בורח מלשניד את אשר אתו יודע והגם שהכתב הראה לאחד מן הרבנים שבדמשק עם כ"ו לא אתדר לברר כי ידע שאין שום אדם נכנס בעוב'י הקורה ועל דבר אשר שלחנו להר'כמהרמ"ע נר"ו זאת היתה תשובתו וז"ל לשעבר קבלתי ד"ק על אודות הדין שנתקבלנו לדונעם הר' כמהר"י ענתיבי והר"א מותיג ואני הצעיר בענין גי' משה פרחי ז"ל ובני אחיו נ"ע זאת אגיד לאדוני יען שהענין ישן נושן מזמן רב למעלה מעשרה שנים מילתא מיגי אודא ומה שאני זוכר הוא שהיו טוענים על גי' משה כמה טענות זמהם תיבה קטנה וצרור שהיו בהם תכשיטין מעזבון גי' היים וכמדומה לי שהעיל הר"א פ'ראנקו איזה עדות בדבר הזה או אחרים והודה גי' משה אבל היה אומר כי מה שהיה בה הוא דבר מועט ולא כמו שהןטוענים וזה שלא כתבתי במעב"ל שכתב הר'מהר"י ענתיבי איני זוכר הטעם והא ודאי בלי טעם לא נמנעתי ואם הר' כמהרי"ע הוא מעיד שנמנעתי מפני פחד מרדכי מה אני יכול לומר שמני עדים כשרים מעידים דבר זולת זאת אגיד כי אני איני זוכר הטעם לא זה ולא אהר וחוץ מזה אין אתי יודע עד מה בענין זה כלל ע"כ הגיעו לדברי הר' כמהרמ"ע הי"ו

ואחר כ"ו שלחנו רק מיוחד לגי' מרדכי הנז' אשר בעיי"ת בירו'ט להודיע לו מביאת בעל דינו גי'שמואל פה ע"הק ירושלים ועם שנתאחר ועבר זמן המוגבל לא מפני זה יתבטל דינו והתרה בו הר' אג'ן נר"ו שאם לא ירצה לבא הרי הוא כותב פס"ל בסכינא הריפא ונותן בידו של גי' שמואל מאהר כי דינא קא מסתעי וכבר נתחייבו נכסי אביו במה שעמדו לדין באותן הימים כמפורש יוצא במעב"ד הנז"ל וא"כ הדבר מוכרח לכתוב בכל תוקף בכל מקום שימצא מגורר מעזבוןאביו גי' משה באין אמר ואין דברים וניתן ליכתב בארוכה באגרת אחת שלוהה לגי'מרדכי הנז' ויהי כמשיב גי' מרדכי הנז' כתבא די רשים ובתוךמכתבו הודיע להר'אג'וכי ע"ל פתגם כבר מינה והרשה את גי'שמעיה אנג'יל התן המלך אג'ן נר"ו ושנשבע שלא לבטל הרשאה הלזו וא"כ נמנע להתדיין לפני הר' נר"ו ובתוך מכתבו טענא טעים כי תמנ'ע היתה לעלות לע"הק ושאם ירצה בעל דינו הנז' יבא ויעמוד לדין לפני רבני דמשק וכתורה יעשה כי הוא לא נתקשר בקשר הקבלה הנז"ל כי אם כשהיה בא בעל דינו תוך זמן המוגבל דוקא והנה כל תשובתו של גי' מרדכי ולברותיו

נראה ובסוף דבריו כתב וז"ל ע"כ אלין לשוו עמל הבואל והאל מה יהיה משפטו ודינו כי מאחר דיש לו מעב"ד הזק שכבר נתחייב גי' משה והודה לפני הדיינים שנכנס תחת ידו ורשותו סך ממון רב מירוש' גי' חיים ז"ל וכ"ש וק"ו שהרב המופ' מלך ישראל מעיד בגודלו קרוב לאמה כו' מלאה אבנים טובות ומרגליות וקשרים של פירלה סך עצום והתיכו' זהב המהותכים קרוב למ' אוקאם ובית קיבול של כובע מלא זובלון ושטה לרזורות זהב וכאלה רבות הרי שהרבה יכול להתברר למחצה לשליש לפחות היותן בידו סך ידוע למראה עיניהם והוא יהיה גובה ממה שימצא מנכסי הנתבע גי' משה ע"כ הגיעו דברי התובע וכנגדו הנתבע גי' מרדכי הרבה בהבילו' של טענות לפטור את עצמו וע"ז יצאו נילבים מלכים מדיי"נים הללו מזכים והללו מחייבין:

תשובה הן כל אלה ראתה עיני דברים העומדים ברומו של עולם תורה יוצאה מפומייהו דרבנן קדישי רבנן סבוראי שרפי קודש הלולי' מערכה מול מערכה דרכו קשת'ם קשת גבורים כולם קדושים כולם טהורים והגם דלא שזו בלימודייהו ונטו דרכשאלו מאלו מ"מ אלו ואלו דברי אלהי' חיים והגם דהללו מזכים והללו מחייבים דרבני האיתניםמוסדי א"י ירוש'ת"ו הר'המר'ר"ל הוא ובית דינו וגם רבני דמשק הרב המופ'לא מהר"י ענתיבי וגם משנהו הר' מהר"א אשכנזי פתחו לחובה לחייב את הגביר גי' משה בטענה דהכל כאשר לכל איתיה ברשותיה הן כל נכסי ממון השותפות דהיה ביניהם וגם כל נכסי עזבונו של את המלוכה מלך חיים אבנים טו"ומ ודינרי זהב אשר עצמו מספר דלא שלטו עיניהם של שלוחי הפא"ה בשעת הגזר' דנטרפ' השעה אשר גזר להרוג להותו לדיק ובאתה האלמנת של המלך חיים ושלהשליך גי' משה ועו'ז יתירה דלקח משה את הההל אחר פטירת האלמנת של את המלו' הנז' כי מתה בדרך בבורחה מפני חמת המציק ונשארו לו הכל ביד גי' משה וניתן מעב"ד על הדין ועל המשפט דבריא בהיובא הוא לחת חלק ירושתם של בני הגביר גי' יוסף ושכנגדם הרבנים המו' רבני טבריא והרב המו' מהר"י פינצי כלם פתחו לזכו' את יורשי גי' משה ובאו דבריהם בארוכ' על כל קוצוקוץ כו' ולא הניחו פינה וזוית להתגורר בו והפליאו עצה בנועם דברותם ורוח בינתם ותנו הלכת' רבר בי' הלכות מרובות הלכה למשה מסיני וא"כ אני אנא בא לפלוא פה להכריע בין הרים הגדולים האמנם מה אענה ומה אומר דמן שמיא נוגלא רבה העילו עלי ע"י השר והטפסר נשיא ישראל גדול הנאמר באברהם ויהי הוד לנלח והוא גזר דאשנה פרק זה לגלות דעתי דעת הדיוט ואנא לא יכולתי להתאפק נגד רלונו כי רב גובריה

וזה הגלי מלתא כדנא אין כל חדש ודוגמא לזו כבר אירע בימים הקדמונים והוא דבשנת התקפ"ו יצאת מדת הדין והמתו בערה בו ונלכי המלך ירי"ה להרוג את שני שרי לבאות ישראל השרים והסגנים אילי האר' עודם באבם הראשון אדם הוא יכו' המעלה הג' המרו' כמוהר"ר ילחק בכור קדמונה ומשנהו לו הג"המ גי' ברוך אג' ימאך והרלים יצאו דחופים בדבר המלך והדת ניתנה ונהרגו שוכי' השניה ונהפך לאבל כל מחולינו ובה בעתא נלקחו כל נכסיהם למלך ובאו לאולר המלך ובני הג' גי' ברוך מ"ך מלאו קלת נכסים בהיות דלא שלטו בהם עיני משרתי המלך ובה שעתא קמו ועמדו כל הבעלי חובים אחינו ותבעו מאת בני הג' גי' ברוך מ"ך שיקיימו מלות פריעת חוב אביהם מאחר דממון הגביר אביהם כבר בא לידם ויקריבו את משפטן לפנינו ב"ד ועילא מינך הר' המופלא הא' תנא דידן תנא דבי אליהו עניו ובאותו פרק באותו זמן נשאתי ונתתי בהלכה זו דהרוגי מלכות נכסיהם למלך ומפיק לה תלמוד' מקרא אשר ירד שם לרשתו אי מילתא כדנא דירושת המלך הויא כירושת היורשי' בנכסי מורישם למימר' חלה זכות ירושתם וכל היכא דאיתיה ברשות היורשי' היא הגם דלא הלו בה ידים והכי נמי גבי ירושת המלך בנכסי ההרוג חלה זכית המלך דכל היכא דאתי' בי גוא דמלכא איתי' ולא בעינן שיעשה שום קנין חזקה וכיוצא ותלא דינא דפטורים בני הג' גי' ברוך לפרוע חוב אביהם דלאו מכהו קא ירתי אלא מהפקר' זכו וכמ"ש אללי בארוכה כפי מה שראיתי בדברי הראשונים והאחרונים וכמו שכבר עמד על מילת' כדנא הרב מהרימ"ט הובאו דבריו בתשו' הרב מהרח"ש ח"א סי' ל"ל ואנן ב"ד כתבנו וחתמנו במעב"ל על דנא פתגם והרי הוא תחת בני הג' גי' ברוך מ"ך

ועמדתי על מילתא כדנא באורך וברוחב (הלא היא כתוב לעיל סימן ו' באורך יע"ש ויאירו עיניך) וכיון דהכי הוא דינא דחלה ירושת המלך בנכסי ההרוג לאלתר בלתי שום קנין א"כ מה להם כי יזעקו בני הגביר גי' יוסף פרחי אלל בני הג' גי' משה למשעת הסברחה דהבריחה אלמנת המלך חיים דבאו ליד' כל מה שמלא' דלא שלט' בהם עיני משרתי הפאשה כבר זכתה היא מהפקר' מעיקר' ולאו נכסי המלך חיים הם אלא נכסי הפא"ה הם דהוא ניהו שליח המלך ואין תביעתם של בני גי' יוסף תביעה דאומרים דהם באים מכח דולם את המלוכה המלך חיים לירש זכות עזבונו אשר מלאו ביד הג' גי' משה מ"ך דהרי נתברר דאין בידו של גי' משה ממון של גי' חיים מ"ך אלא ממון המלך יר"ה וכי תימא מנ"ל דהאלמנה שהבריחה הנכסים היתה כונתה לזכו' מן ההפקר דילמ' לא היתה דעת' וכונתה אלא להבריח ולא נתנה דעתה בשום לד זכיה מן ההפקר הא לא מכרעה דהא מתברר מלדברי הראשו' ז"ל בסוגיא דפ' הנזיקין דס"א ע"א דהיכא דהעני ליקט בידו הגם דלא עלתה בדעתו לזכות בשעת נטילתה עכ"ז הממון שלו דידו של אדם זוכה הגם דלא מכוין לזכות מאחר דהאדם מתעסק בדבר שיהא שלו לא בעינן כונה יע"ש הובאו דבריהם בהני ספרי דבי רב ומינה לנ"ד דהא אלמנת המלך חיים היא רדופה ומתעסקת בשעת הטמנה והברח' שלא ישלטו עיניהם של משרתי הפא"ה וא"כ אינלך מתעסקת גדולה מזו ומשעה שהוליאה מהבית לרשו' אחרת זכתה או משעת ההגבהה

והוי לכאורה דומיא דמתני' פ' מרובה דע"ט ע"א הגניבו הו שהוציא מרשות הבעלים ומת הייב יע"ש והכי נמי כלמותו ככלמו נג"ד דכל מה שבאתה לידה או מטעת הגנאה וכל מה שהוצי' מרשות הראשון לרשות אחר הנה היא שלה דהבריחה ממון המלך ולאו ממון בעלה המלך חייב מקרי

ואם תאמר מה דמות יערודנ"ר לאותה דפ' מרובה דהתם שאני דיודע כגנב דהממון אינו שלו אלא של חבירו ומכוין ליטול ממון חברו ולזכות בו לעצמו לא כן היכא דהאדם מתעסק לבמו' את ממונו שלא ישלוט עין רע דלא יבואו שוללים לבוזו ולגנוב את שלו דהא כ"ע לאו דינא גמירי דהרוגי מלכות דנכסיהם למלך דלאלתר הלה וכות המלך וכל היכא דאיתיה בי גוא דמלכא איתיה אף בלתי שום מעשה קנין הא לא משמע להו לאינשי אלא סברי דוכית המוך היא אחר נטילה ולקיחה בידו וכמו שלידד הרב מהרימ"ע האונס כל מה שלא בא ליד המלך המממון ברשות בעליה הראשונים קיימי ומאחר דהכי ס"ל לאינשי א"כ באנו לסברת הירושל' כ"ד משביעית דאמרו שם וז"ל מאמתי אדם זוכה בפירות שביעית ר' ירמיה אמר משינתנו לכליו ר"י אומר אפי' נתנם לכליו לא זכה בהם דהוא סבר דאינהו דיליה ולאו אינון דיליה ע"כ ׳

הגה מפורש יוצא מהאי ירוש' דהגם דמתעסק האדם לאסוף ולקבוץ הפירות מ"מ כל היכא דהמקב' סבור אדעתיה שהם שלו אין ידו זוכה וסברה הנוו היא מוסכמת בין לר' ירמיה ובין לר' יוסי אלא דפלוגתייהו בוא אי נתנם להוך כליו דרבי ירמיה סבר דכליו זוכין לו ור' יוסי ס"ל דאין כליו זוכין לו וכמו דאסברא לן האי תנא דידן הרב מרנה הפרים הלכות שביעה די"ב ע"א ולא דמי להכי דעני המנקף כו' דהגם דלא נתכוון וזכות הפ"ה ידו עדיפא ליה דהתם שאני דהעני המנקף יודע דאין הית שלו אלא של אחרים ומדין הפקר הוא בא לזכות וכיון דבאנו לידי מידה זאת הורה יוצאה לכאורה בנ"ד מאחר דהאלמנה המלך הייה מיד היה רד פה אחר עזבונו שהניח בעל' כדי שלא ישלוט עין רואה משרתי הפחש"ה ואשה לאו דינה גמירי וכל שכן במילתא כדינא וא"כ אין ידה זוכה כל מה שנאתה לידה יען דהיא סבור' דהממון הינו של המלכות אלא כל היכא דלא לקחו ולא נטלו עזבון בעיה מקרי ומהאי טעמא דלאו דינא גמירי והאי כללא דאהו כווהו נמי דינא גמירי הוא ת"ע נכ"ק דקידושין די"ג ע"א דמקשה תלמוד' בפשיטו' הנו כווהו נמי דינא גמירי סברא אי שדינא להו ומתברי מחייבנא באהריותייהו עד כאן הרי דלכוס ריהכא היכא דמיוף מההי ס"ני דאפי' במידי דערוה אזלינן לקולא לגיתרא לעלמא מהאי טעמא

ואיברא דאיכא למדחי ולמימר דרב המרח' דהתם שאני דמסייע לה חזקה דפנויה דו אלימא האי חזקה וכנודע אמר מהאי טעמא איכא למימר דהמכינן נהאי כללא דלאו דינא גמירי הא בעלמא איכא למימר דלא המכינן האי כללא ולהכי האי טעמא דכתי' אשכחנא בתרי לוותי דכ' הרהב"א פ"א דבריו ה"ה פ"ו מוכיח דין י"ב לענין אשה דנתנה מתנה כל נכסיה דאיכא למיחש להברחה' כתב ז"ל ונראין הדברים דהכל לפי ראות הדיינים דא"ז באשה דתדע נושא השטרות כו' וע"ד שיעידו דכך אמרה לשם בפי' לא קנה המקבל מתנה ע"כ ׳

והגה הרשב"א מסרו לדיינים היושבין על כסא ההוראה אי קדמה לה לאשה הנותנת בהאי ליטנא דשטרא וה"י הרשב"א מאריה דתלמו' וש"מ וע"מ לא רמיו לן הבוג' שלו דמפורש יוצא דאפי' באיסור ערוה החמור מקילין מהאי טעמא דלאו דינא גמירי אם לא שנאמר כאשר כתבנו ומש"ה מסרו הרשב"א לדיינים ויגלה ע"ד לצדד ולו' דליכא למיוף מדברי הרשב"א לכל התורה כולה דנשי לאו דינ' גמירי דאף דהרשב"א כדי שלא להוציא מרוקתה דהא באשה הנותנת קיימינן

אמנם מתשו' מהרשד"ס ז"ל ח"מ סי' שכ"א מתברר דאף בדבר דלששנגדו מוחזק דיינינן הך כללא דנשי לאו דינא גמירי יע"ש רמוו הרב המאסף ה"מ סי' יע"ש הגב"י אות י"ב וראיתי להרב מהרימ"ע ח"מ סי' נ"ן דק"ו ע"ד דפוס ביורדא דכתב וז"ל אלא תולין לומר מטעה קא טעי במלת' דאינו פשוט אצל כל האדם מדע דאף להקל בערוה ההמורה אמרינן מטעי קא טעי דלאו כ"ע דינא גמירי וכדאמרי' בפ"ק דקי'גבי שתיקה דאחר מתן מעות כו' סברה אי שדינא להו ומתברי מחייבנא כו' עכ"ד ולפי מ"ש דאיכא לצדד ולומר דהתם שאני דמסייע לה חזקה דפנויה אין מפס ראיה

וראיתי למהר"י אלגאזי ז"ל קונט' מדות חכמים אות אלף דקפ"ד ד"ה ולענין דנשא ונתן בהא כללא ורימו לן תשו' מהרד"ך לענין נדון דידיה דלמד מסוגיא הלו דקידושין וכנר' דלא ירד הרב להאי חילוק' דכתבנו וכסברת הר' מהרימ"ע וע"ש מ"ש דרימז בהאי כללא וא"כ הדרן לנ"ד דאין ידה של האלמנ' זוכה יען דהיא סבורה דהממון אינו של המלכו' דלאו כולהו נשי דינא גמירי האומנ' כשאני לעצמי הא לא מכרעה וכמו שיראה המעיין וממקום שבאת דהא כבר אסברא לן הרב בעל מחנה אפרים ז"ל שם דמחלוקת רבי ירמיה ור"י איהו ניהו מחלוקתם של הראשוני' אי הא דינא דחצר אי מדין שליהו' אתרבאי או מדין יד אתרבאי ודעת רבי ירמיה דס"ל דבנתינת הפירות בכליו זוכה הוא כסברת כת הראשונים דעלתה הסכמתם דוכית החצר לאו מדין יד הוא אלא מדין שליהו' הוא ודעת ר"י הוא דקני' החצר הוא מדין יד וכסברת כת מן הראשונים ז"ל החולקים וס"ל כן דמדין יד הוא וכיון דבעודם בידו לא זכה מטעם דכסבור שהן שלו הכי נמי היכא דנתנן לתוך כליו דהיינו חצר לא קנה יעו"ש וכן הסכים הרב שמחת יהודה סימן ע"א ד"ן ע"ג דפירוש הירושלמי כמו שפירשו הרב מה"ז ז"ל וכיון דהכי הוא א"כ שפיר דיינינן דחלה וכית האלמנה מטעם קים לי כמ"ד דחצר מדין שליחות אתרבאי

אחרנאי והנה דבעודם בידה לא זכתה מטעמא דקא סברא דהכ של בעלה ולא של המלוכות מ"מ כשהוציאו' מבית בעלה לרשות אחר השייך לא הלה זכייתה של האלמנה

ואם נפשך לומר מאחר דמלאנו לכאורה לא זכות אלמנת המלך חיים מ"ך א"כ הרי יורשי שלה מנו לתבוע מאת יורשי גי' משה מ"ך כל מה שמסרה האלמנה ליד גיסה גי' משה בעודה בחייה וגם כל מה שנמלא ברשותה אחר פטירתה דמתה בדרך במלון דהכל כאשר לכל הכא וקנין הג' גי' משה וכמו שבא בשאלה ומשה יקח את האהל הבנים טובות ומרגליו' ודינרי זהב אשר עלמו מספר וא"כ שיה דנימ' דלאו ממון המלך חיים מ"ך הוא אלא ממון המלכות אשר מהאי טעמא לאו בע"ד הם יורשי הג' גי' יוסף מאת יורשי הגביר גי' משה מ"ך וכמ"ש מ"מ מה שרויחו מזה בני הגביר גי' משה הרי מלד אחר ידם אוחות יורשי האלמנה המלך חיים לתבוע מהם זכותם דזכתה בתפיסתה מלד הדין מתורת הפקר וכאמור

הא נמי לא מכרעה וכמו שיראה המעיין דהא יש ללדד ולומר דאף לגבי יורשיה אלמנת המלך חיים ז"ל מנו יורשיו של גי' משה מ"ך למפטר נפשייהו באומרן להו בע"ד דידן אתון דהא דמאחר דכל זכות מורישכן דהיינו האלמנה אינו אלא מטעם קיי"ל וכנ"ל א"כ בימים האלה ובזמן הזה דהכל כאשר לכל כולהו איתנהו ברשותינו ובבתי חומותינו אנו זוכים בנכסים אלו מכח קים לי ככת הפוסקים הסוברים דהכר מדין יד אחרנאי וכיון דכן כי היכי דלא זכתה האלמנה בעוד הנכסים בידה מאחר דקא סברה דכן שלה ומינה נמי הגם דהוליאן והבריחן ממקום אחר לא זכתה דעדיין נכסי המלך נקראי' וכל היכא דאיתיה בי גוא דמלכא איתיה עד שיכוין הזוכה בהן לזכות מדין הפקר ואנן בי דידן הנו זוכים עתה מן ההפקר כתה"ג ומ"מ מה כח ב"ד להוליא את הנכסים מתחת ידם של יורשי הג' גי' משה מ"ך וכדבריגא

באופן דכפי פסקא דדינא הניתן בשנת התקכ"ו והדת ניתנה דשאי דינא דהרוגי מלכות דנכסיהם למלך הוי הגם דלא נלקחו ולא באו לאולר המלך אלא הנה הנם תחת רשותם של היורשי ההרוג והאלים כאשר המה דינא הוא דנכסי המלך הם וכל היכא דאיתיה בית גוא דמלכא איתיה ומי שקדם ותפס לזכות מן ההפקר זכה והרי שיא שלו ולא תימא הלא נאמר האי דינא דהרוגי מלכות כו' דבדוקא נקטיה תלמודא מלך ולמעוטי היכא דההריגה לא היתה מאת המלך אלא מהפחים אם הממונים מאת המלך בכל מדינות מלכותו מדינה ועיר ועיר דהא לא מסתבר' דמאחר דהמלך משליטו ומנהיג את בני מלכותו ככל שבא מידו הן להחיות והן להמית דעל הכל שויה שליח דוהו רלונו וחפלו של המלך דכשם שהיד כביר ידו משגת למי שיעלה ברלונו לגדל ולרומם ולעומת זה להשפיל ולהמית כן יהיה אלים ואמיץ כח השליח שממונה בכל המדינות מ כוחו דיהיה ידו משגת כאילו ידו ממש

וכבר אמרו בפ' הגוזל בתרא דקי"ג ע"ב שלוחא דמלכא כמלכא ואע"ג דלא עבדי כדאמר מלכא כו' אפ"ה הוי דינא דמלכותא דאין רלונו לטרוח כו'

ודבר אסברא לן הרשב"א ברמה מתבו' דכל שלטון הממונה בעירו ומושל במקומו דינו דין והוא בעירו בכלל ד"מ יע"ש ורמזה הרב הכנה"ג סי' שס"ט הגה"ט אות יוד והגב"י אות ס"א ורמי לן הרב תבו' הרב תומת ישרים סימן י"ו דף י"ז ע"ב דהביא סברתו של קלת לומדים דכתבו דלא אמרו דינא דמלכותא דינא אלא במלך עלמו ולא בשלטון הממונה בעירו והרב ז"ל מחא להו אמוחא מתורתו של הרשב"א ז"ל ומהסוגיא הנז' יע"ש ויעויין למהריק"ש שם דהביא הסוגיא הנז' . וכתב וז"ל למדנו דאע"ג דלא עביד שלוחו כל פקי' מלכא דד"מ השיב והוי דינא ונ"ל הטעם שכן הוא רלון המלך שיעשה שלוחו הנמלא במעשה כמו שיראה לו ופשוט הוא וע"ש עוד ועיין להר' בא"ו לקמא שם פ' הגוזל ולהרב שה"ג פ' חזקת גבי מימרא דשמואל דינא דמלכותא דינא דקפ"ג ע"א מן הס' דהאריך שם . כבר רמזו הר' הכנה"ג שם ,

ומעתה בנ"ד נמי מאחר דהשר והשלטון הממונה מאת המלך על מדינת עכ"ו והוא המולך בעיר עכ"ו ואגפיה כעס מאד על אותו לדיק המלך חיים ופגע בו מד"ה ועשה כרלונו והרגו ויש כל נכסי המלך חיים מ"ך כדין הרוגי מלכו' כו' דשל הא דמלכא כמלכא וחד דינא ותורה אחת להם דכל היכא דאיתיה ברשותיה דשלוח' דמלכ' איתיה וכבר נודע דהכל כאשר לכל לאולר המלכות בא א"כ אין הבדל ושפרש מהריגת המלך להריגת שלוחו הממונה מכח המלך יר"ה ועל פי זה זכאים בדינם לכאורה יורשי בני הג' גי' משה לזכות בכל הנמלא תחת ידם מעזבון א"ח המלוכה ז"ל הן ממון השו"ת והן ממתון שהבריחה אלמנת המלך חיים מ"ך וכאמור

ואי"ת הא מנן שוייא לכאורה דהא איכא ללדד ולו' דמאחר דבשעה' העמדת לדין לפני הר' המו' מהרי"ע נר"ו ובית דינו הרב מהרי"א אשכנזי והרב מהר"א מ"ט נר"ו ביטו בפיהם וז"ל ולריכים אנו ג' דיינין הנז' לדון בכל הנז' ומו"מ קבלנו עלינו ג' דיינים הנז"ל קבלה גמורה כתחז"ל כו' הן בענין השו"ת והן בענין הירושה כו' ומ"מ כל מה שיפסקו מע' הדיינים בכל הנז' כן יהיה וכן יקום כו' הן לדין הן לפשרה כו' ואפילו אם יטעו בדין ח"ו ואפי' בדבר משנה אפ"ה קבלנו עלינו קבלה גמור' ולא נסור מן הדבר אשר יפסקו ימין ושמאל וחתימי עלה ספי' פרחיי התובעים והגביר גי' משה מ"ך . וכתו' שם סמוך ונראה לכת' הקבל' וז"ל אנחנו ב"ד דה"ל כו' אנחנו מחייבים וגוזרים על גי' משה להביא כל תכשיטי זהב ואבנים טובות שבאו לידו מעזבון את המלוכה כו' כפי אשר יורונו מן השמים כמחויב לעשות בד"ת כו' ועד"א ולדק ח"ש פה דמשק יע"א הלעיר

שלעיר יעקב ענתיבי והצעיר אברהם אשכנזי עכ"ל העתק של מעב"ד המובא בשאלה והרב מהר"ח מ"ש נר"ו לא בא על ההוסותאחר דהנתבע גי' משה נז' כבר עמד בפני ב"ד ויחליו למשפט נקרבו התובעים וגי' משה הנתבע וכבר קבלו עליהם קבלה גמורה דאפי' אם יטעו בדבר משנה לא נסור מן הדבר כו' באופן דהג' גי' משה אהוז בקשר אמיץ וחזק דכל מאי דנפיק מכומיהון בית דינא רבא הרבנים המוז' הנז' אין בידם לנטות ימין ושמאל כו' וא"כ מה בצע ע"כ מה שללנו במים אדירים דהממון הוא מן המלך יר"ה ולאו ממון דידהו נטל הג' גי' משה הא כבר נפק מפי דבנקדישי הרבני' המז' הנז' דכ"מ שבא לידו מאת המלוכה מ"ך הני נכסי דאיתיה בידי' דשכל כאשר לכל אריא דשבועתא רביע עליה להוציאם מרשותו ומתחת ידו ולמסור ביד הרב הנז' הגם דגזרת' וחיו' לאו דינא הוא והוא הפך האמת עכ"ז הוא הג' גי' משה רצה להתחייב במה שאינו חייב וא"כ איכא למימר דכביר מצאה ידם של התובעים להוצי' מתחת ידם של יורשי גי' משה מ"ך וכאמור ׃

ובכך כתב הרב מהרש"ך ח"א סי' קט"ן הביא דבריו הרב הכנה"ג ח"מ סימן כ"ה הגב"ט אות כ"ב דהיכא דלשון השבוע' הוא לקיים גזרת הדיינים בכל אופן שיגזרו עליו מה שיראה בעיניהם כדין או שלא כדין וטעה הדיין חייב לשלם מכח שבועתו עכ"ד ויעויין למהרשד"ם ח"מ סי' ל"א הביא דבריו הרב הכנה"ג בתשו' ח"מ ח"א סי' קע"א דר"ה ע"ב ד"ה אלא כו' וז"ל דהרשד"ם ז"ל מדבר בשקבלוהו בפי' אפי' שיטעה בדבר משנה דבהא כ"ע מודו דמהני הקבלה דאם זה רצה ליזוק בנכסיו מי יאמר לו מה תעשה כו' ומטעם האמור כו' אינו חולק הרשד"ם אם הר"י אדרבי ז"ל יע"ש והובאו דבריו בספרו כנה"ג מ"ב שם הגב"ט יע"ש ׃ וכיון דבנ"ד הגביר גי' משה מ"ך כבר קבל עליו דאפי' אם יטעו בדבר משנה הג' דיינים הנז' אין בידם לנטות ימין ושמאל הרי הוא הפלו ורצונו להפסיד נכסי' ולהשליכ' לאבוד ומאחר דהרבנים המובהקים הנז"ל כבר גילו דעתם דחייב גי' משה מ"ך לתת ולמסור ביד הרב הנז' נר"ו וא"כ לכאור' אין כל הרוחות שבעו' יכולין להתיר הקשר האמיץ והחזק הלז דנתקשר הג' גי' משה נז'

האומנם כל לגבי דידי הא לא מכרעא דהרוא' יראה דאין בכח הקבל' הלז דקבל הג' גי' משה ורצה להזיק נכסיו הגם דטעו בדבר משנ' אלא דוקא מה שהוא ממונא דידיה ונקראים נכסיו דאזי כבר נשתעבדו נכסיו מכח הקבל' הלז ברם לפוש מאי דאתאן עלה דבני הגביר גי' משה מ"ך באים בטענ' דהממון הלז מאת המלוכה מלך היים ז"ל דהנה הגם ברשותם לא אתו לזכות מכח ירושת אביהם מ"ך אלא מכח הפקר נגעו בה דעדין לא הלו בא ידים בודאי לומר דכבר זכו אחריה ונתרוקן וכותו של המלך יר"ה דדילמ' כן ואולי גם האלמנ' נז' וגם גי' משה נז' לא זכו בהם בהני נכסי זכיה ודאית מאחר דאיכא לצדד ולומר דהיו שנודים בדעתם דהממון שלהם כל זמן דלא באו ליד השר הבולט ואם האמת כן שפיר כביר מצאה

ידם של בני גי' משה מ"ך ועענתייהו טענ' ורא"י' לפו"ד וכאמור דזכו בה ומאחר דבאנו לידי מדה זו דבני הגביר גי' משה מ"ך וכיהם בהני נכסי דאיתי' תחת ידם היא זכיה ודאית וברור' לפנינו וזכית האלמנ' נז' וזכית הג' גי' משה מ"ך עצמו היא מסופקת איכא לצדד ולומר דלפום דינא אין כח ביד ב"ד להוציא מתחת ידם מה שמוחזקים בפנינו עתה הגם דכבר איכא ספק וזכיה מאהריני מוקדמת לפי החזקתם של בני גי' משה מ"ך האחרונים חזקתם ברור' ואיכא כדמות ראי' ודוגמא לזו ממאי דאסבר' לן ה"ה פ"א מהל' זכי' דינו' גבי שתי שדות בנכסי הגר כו' דפסק שם הרמב"ם דאם החזיק באחד מהם אדעת' לקנות אות' ואת חברת' הרי זה ספק ואם בא אחר אח"כ וכו' בה זכ' האחרון ע"כ ופירש ה"ה ז"ל טעמו של דבר וז"ל ונ"ל דהטעם הוא לפי שחזקת האחרון חזק' ודאית וחזקת הראשון מסופקת ׃ וכיון שכן מעמידין אות' בחזקת זה האחרון דחזקתו ברור' עכ"ד וכטעם זה ממש לאו' אסברא לן הרא"ש פ' חזק' לדנ"ג גבי הני בעיי דשתי שדות דלא אפשיטו ושלקו בתיקו וכתב שם הרא"ש דכיון דסלקו בתיקו אם בא אחר והחזיק קנה האחרון דכיון דמספק' לן אי קנה קמא או לא נשאר הקרקע כמו שהיה ולא מחזקינן ליה ברשות קמא אלא מוקמינן ליה בחזקת האחרון דחזקתו ברורה כו' עכ"ד ׃

הנה למדנו מתורתן של הרא"ש וה"ה דמילת' שהחזיקו בו ב' בני אדם ואיכא ספיקא דדינא בזכיתם חזינן אי חזקת הראשון היא מסופקת מחזקינן ליה לבתרא דהיא חזק' דבתרא לפום דינא מתלא תליא בס' קנית קמא דאי אמרת דקנית קמא אלימ' או לא אהניא קניה של בתרא כלל ומה יוסיענו לומר דחזקת האחרון ברורה עכ"ז דעתן וסברתן של הרא"ש וה"ה להעמיד הנכסים בחזקת האחרון דקאי השתא דהיא חזקה ברורה ומינה איכ' למילף לנידונא דנ"ד דאיכ' ספיק' דדינא בזכיתם של האלמנ' והגביר גי' משה מ"ך ועתה אנן בי דינא אנו רואים הממון אשר אנו דנין עליו איתיה תחת ידם וברשותם של יורשי הגביר גי' משה ובאים יורשי הג' גי' יוסף מ"ך להוציא הנכסים מתחת חזקתן של יורשי הגי' משה חלקם הנוגע להם מחלק ירושתן מעזבון מר דודם א"ה המלוכה יש לצדד לפי זה לפום דינא ולומר דמעמידין הנכסים בחזקתם של יורשי גי' משה מאחר דחזקתם ברור' ומוחזקת בפנינו ולא אזלינן בתר מעיקרא של הזוכי' הראשוני' המוקדמים וכפסקם של הרא"ש והרב ז"ל וכאמור ׃

ובזה הרי מצינו להרא"ש פ"ק דמציע' ד"ט ע"ב דין כ"ד גבי מושך בהמה זו לקנות כלים שעליה שכת' וז"ל וכיון דבעיקלא אפשיט' אוקי' ממונא בחזקת מארי קמא אבל בהפקר כו' הרי הוא מוחזק מס' ואם בא אחר ותפסה מוקמינן ליה בחזקת הראשון דהיה מוחזק בה מס' כו' עכ"ל הרי לכאורה דס"ל להרא"ש דלא אזלינן בתר בתרא דחזקתו ברורה אלא אזלי' בתר חזקת הראשון אף דחזקתו מסופקת ולא חשבי' לבתרא חזקתו ברורה יען דמתלא תליא עם ספק זכייתו של קמא

ולפוש

ולפום ריהטא צריכין אנו למשכוני נפשין לפלוגי בין מידי דשייך תפיסה דהיינו מטלטלין דאיכא ביאת הדבר לידו ורשותו ממש של התופס בראשונה בין מידי דלא שייך תפיסה וכמו שבא האי סברא לכת רבני אחרונים יעויין להרב פרי הארץ ח"מ דכ"ו ע"ב והרב מה"א הל' קנין חצר סימן י"ג ומהר"ש קמחי ז"ל הובאו דבריו בספר בני דוד דע"ו והרב הק"ל ה"א ח"מ סי' צ"ד דקמ"ב ע"א ויעויין להרב שמחת יו"ט סימן כ"ה דל"ט ודברי הרב שמחת יו"ט הנז' קיימי על תשו' הרב הק"ל יו"ד ח"ב סימן נ"ן דקי"ו וע"ש בסי' ד"ן יע"ש וכבר עמלתי זה ימים ושנים במלתא כדנא בארוך והנה כמוש עמדי (עי' לקמן סימן י"א שם הארכך דבריו) וכיון שכן בנ"ד דהוו מידי דבר תפיסה מוקמינן להני נכסי בחזקת האלמנה והג' גי' משה אף דחזקתם מסופקת מאחר דהם קדמו בזכיה ולא מוקמינן ביד יורשי הגביר גי' משה מ"ך

הא נמי לא מכרעה דהא כבר ידוע דאיכא כת אחרת מרבני אחרונים דלא ס"ל האי חילו' בדעתיה דהרא"ש לפלוגי בין קרקע למטלט' יעויין להרב משאת משה ח"ב סי' ג' דקי"א ע"ג דלהם חילוק הלז גם מהר"א חזן הובאו דבריו בספר חק"ל ח"מ ח"ב סי' פ"ג דקמ"ט ע"ב סמך ב' ידיו על דברי המ"מ דאין לחלק בין קרקע למטלט' ותמה על סברת מ"א דעלה לחלק בין קרקע למטלטלין יע"ש

באופן דאיכא גבן מערכה מול מערכה על מלתא כדנא ועוד אפי' אם נאמר דהאי חילוקא לחלק בין קרקע למטל' לדעת הרא"ש הוא אמיתי מ"מ הא מצינו רבים ונכבדים מן הראשונים דחלקו על ס' הרא"ש בהאי דינא דאויר דאין סופו לנוח ופסיט להו להראשונים דאי תפיס בתרא לא מפקינן מיניה והיא סברת הרמב"ן הביאה הרב בח"ן שם והרב הנמק"י שם בה' ופינו שכבר אסף וקבץ הרב חק"ל שם ביו"ד דקי"ו ע"ב וכיון דמצינו פלוגתא דרבוותא בין הראשונים ואיכא כת מראשו' דקים להו בהפך דעת הרא"ש ולא מפקינן מהזוכה הב' א"כ מלו היורשים של גי' משה מ"ך לבא בטענ' קי"ל ככת הפוס' דזוכה השני הגם דקדים קמא וכלה מסי' והוימידי דבר זכיה וכאמור

וראיתי להרב מהרימ"ט ז"ל ח"א סי' קכ"ו רמזוהו האחרונים דנשאל בשני קונים ראובן ושמעון ואיכא פלוגתא דרבוותא בדבר שקנו אי קנה קמא או קנה בתרא וכתב וז"ל אבל הכא ליכא לאוקמי בחזקת קמא דמקלינן לקדקנה קמא כו' וראיה מדינא דבר שטיא דכל דליכא הוק' אבהתיה זכה בתרא דכל היכא לחזק' הראשון ומסופק' לא אזלינן בתר קנית קמא אלא בתר הוקה דהשתא יע"ש וכפי הורהו של הרב מהרימ"ט בנ"ד שמעינן דלא מוקמי' הממון בחזקת האלמנה והגביר ג' משה מ"ך מפני דקדמה וכיון הגם דאיכא מהפוס' ז"ל דמסייע להו להקודמים בזכיה אלא מוקמינן להו לנכסים בחזקת בתרא דהנה הנם יורשי ג'י משה מ"ך דומיא למאי דהשיב הרב ז"ל לנדונו דהגם דהקונה הראשון איכא גבי כת מהפוס' ז"ל דקיימי בזכותי' עכ"ז לא מפני זה מגרע כחו של הקונ' האחרון ואסברא לן הרב דסברא הלזו דלא אזלי' בתר קמא הגם דקדים אלא מעמידין הנכסים בחזקת בתרא שמיני' לה מהוג' דבר שטיא דהגם דקנית בר שטיא קדים עכ"ז מאחר דאיכא ספקא דדינא בקנית קמא דשמא בשע' שהלה זכיתו לא היה בר זכיה דדילמא פן ואולי שוטה היה מוקמי' ליה בזכית האחרון והמעיין יראה דמה שלא בא הרב לזכותו לשמעון מטעם קי"ל והוצרך הרב לזכותו מעובדא דבר שטיא היינו דהר' מהרימ"ט פשיט ליה דתפיסה אחר שנולד הספק מגן שויא וכמ"ש שם בהדיא דזה כלל תפוס בידינו מכל הפוס' ראשונים ואחרונים ז"ל האמנם כל לגבי דידן דתפסינן דהגם דהתפיסה היא בתר ונהיתה אחר שנולד הס' לא מפקינן מיד התופס א"כ לא צריכינן לסיועי לן מעובדא דבר שטיא וכבר ידוע מ"ש גדולי אחרונים דע"כ לא קאמרי' למ"ד דמוקמי' הנכסים ברשותיה של קמא אלא דוקא גבי ספיקא דדינא אבל היכא דהדבר תלוי בפלוגתא דרבוותא דהתופס האחרון מצי לבא בטענת קי"ל מוקמינן בחזקת האחרון וכמו שבא מילתא כדנא מפורש בשני ספרי דבי רב

עוד ראיתי למהרימ"ט ז"ל שם דהצריך עיון פסקו של הרא"ש בדינא דאויר דאין סופו לנוח דמפקי' מיניה דתופס ומוקמינן ליה בחזקת הקונה קמא מעובדא דבר שטיא יע"ש ונראה דלא נעלם מהגאון מהרימ"ט דרב המרחק לכאו' דהתם בדינא דבר שטיא הלוקח בא בטענ' ברית באומרו דכשהוא הליס זבין והיה בר שטיא משופה בדעתו ואייתי הלוקח בסומכי נפשו שתי עדים דמעידים ומגידים דכשהוא הליס זבין אמר מהאי טעמא דיינינן דמעמידין את המקח בחזקת הלוקח לא כן בדינא דאויר דאין סופו לנוח דהתופ' עצמו אין לו טענת ברית במאי דתפוס דהוא שלו דהא הויא ספיקא דדינא ומש"ה פסק הרא"ש דמפקינן מיד האחרון יען דכבר קדמה ליה זכותו של ראשון והוי לכאורה כדינא דתקפו כהן דפסק הרא"ש בפרק קמא דמציעא ד"ח דמוציאין אותו מידו מאחר דהתופס עצמו דהוא הכהן ליכא גביה טענת ברית יע"ש

האמנם טעמו ונימוקו עמו של הגאון הר' מהרימ"ט מתרי טעמי הטעשהא' הוא דע"כ לא כתב הרא"ש גבי תקפו כהן דמוציאין ממנו מאחר דטענתו טענת ספק היינו דוקא התם משום דאיכא חזקת מ"ק כנגדו וכמו שכ' שם הרא"ש בהדיא וז"ל כללא דמילת' לטענת ברית מהניא תפי' כו' אבל מי שהוא מסופק בעצמו אם הוא שלו זה הדבר או לא לא מהניא תפיסה לאפוקי מחזקת מ"ק עכ"ל הרי מבואר לכאורה דטעמ' דדינ' למפקי' מיד הכהן אינו אלא מטעמא דאיכא כנגדו מאריה קמא מינה שמעינן הא היכא דליכא חזקת מ"ק נגד התופס בספק אין כח בידינו להוציא מתחת ידו מאי דתפיס ומש"ה פשיט ליה למהרימ"ט לדמות האי דינא דאין סופו לנוח לדינא דבר שטיא וזהו הטעשהא' טעם הב' הוא דהאי דינא דבר שטיא דמוקמינן בידים דלוקח כל היכא דליכא חזקת אבהתיה הוי אבילי

אפי' דספוקי מספקא ליה ללוקח אי הוה חליש בשעת המכירה או לא יעויין להרב נא"ו שם דכתב וז"ל אבל אי לית ליה חזקת אבהתיה אלא בר שטיא עלמא וקנאו יש לנו לומר דשוטה היה בשעת דקנאו וכיון שכן אפי' נתברר דשוטה היה בשעת שמכרו מכי' היא דכשם שקנאו בשטות כך מכרו בשטות מהר"י ן מיגאש עכ"ל

הרי דאסברא לן מהרי"ן מיגאש עדיפותינה דהגם דנתברר לב"ד דשוטה היה בשעת המכירה אפ"ה כל היכא דליכא בירור גמור דבשע' הקניה שלקחו היה חלים דיינינן ליה דשוטה היה בשעה שלקחו אפי' דבשעת המכירה הוא שוטה גמו' באופן דהגם דאין הלוקח יכול לבוא בטענת בריא עכ"ז מוקמי' ליה בידיה אבר מטעם זה דימהו הרב מהרימ"ט לעובדא דבר שטיא וכאמור (**א"ה** עיין מה שכתבתי לקמן סי' י"א ע"ד הרב המחבר ז"ל)

וראיתי להרב אליהו הזן שם בהק"ל ה"מ ה"ב דתמה יקרא על מה שפקפק מהרימ"ט טעמו של ה"ה דדברי המהרימ"ט הם הכך סוג' ארוכה דפ' החולץ דאמרינן התם ס' ויבם דבאו להלוק בנכסי סבא ס' אמר דהוא בר מיתנא ופלגא דידי הוא והיבם אמר את בראי דידי כו' הוי יבם ודאי וספק ס' ואין ספק מוציא מידי ודאי והרי התם נמי מכח האי ספק נפל גם כן ספק ביבם אי יורש את הכל דאי הס' הוא בר מיתנא אין היבם יורש הכל ועכ"ז אמרינן דאין ס' מוציא מידי ודאי כו' יעו"ש

וכשאני לעצמי לא ידעתי מה דמות יערוך האי דינא דס' ויבם למאי דפקפק מהרימ"ט על טעמו של ה"ה דרב המרהק ולא ראי זה כראי זה דע"כ לא אמרה הר' מהרימ"ט דלא דיינינן חזקת הקונה בתרא ברורה אינו אלא באופן דאיכא ב' קניות לפנינו האחת קדומה והאחרת מאוחרת דאי אמרת דמאחר דכבר קדמה ליה זכית קמא ואיכא לצדד ולומר דהלה זכיתו מקודם כל א"כ מה יועיל זכית האחרון ועל זה עלתה על דעת עליון של הרב מהרימ"ט לצדד ולפקפ' על מאי דאסברא לן ה"ה האומנם גבי ס' ויבם דבנא הכא אחרתי דהל הספק לפנינו ואין כאן שום קדימה באחת מהם דבשעת פטירת הזקן חל הספיקא דדינ' אי הספק בר מיתנא ואין ליבם אלא החצי בירושה או הספק הוא בנו של היבם ולא חלה ירושת הזקן אלא דוקא ליבם דהוחזקה הנחלה לו אשר מטעם זה דיינינן דמאחר דהספק הוא ספק יורש בנכסי סבא דליכא גבן שום בירור להקרא בשם יורש ולעומת זה כבר הוחזקה הנחלה בגופו של יבם דהוא ניהו דהוחזק לכל דהוא בנו של הסבא ולא יאמר אני דיינינן אין ספק מוציא מידי ודאי

והרואה יראה דלא מבעיא לדעת רש"י ז"ל ודעימיה דפירשו טעמ' דדינ' דאין ס' מוציא מידי ודאי ולא מגרעה כחו של יבם כוח מכוח דמאחר דאף לגבי הס' עצמו מודה ובא דברור בירושה אינו אלא היבם אלא דבא בנינא דמתא במקלא הנכסי סבא הוא דאית ליה זכיה והמקנת האחר הוא שלו וכיון דהספק מודה ובא דליבם אית ליה אקודאי במקלא בלתי שום הכקאליס כרו שו היבם לדוות ספיקו של הס' וא"כ מה דמות איכא האי דינא דקאי עלה ה"ב מהרימ"ט נדינא דס' ויבם דבגוונא דכוון מהרימ"ט הוא דהס' בהאי ממונא אי חלה זכיה קמא או לא א"ה הלא זכיה דבתרא דאי דקמא לאו דבתר' כו' דאי דמר לאו דמר אלא אפי' לדע' התוס' ודעימייהו שם דסברי דהאי טעמא דתקנת כו' לא אהניא לזכותו ליבם אלא טעמו של דבר הוא יען דבעודו בחיים הסבא בעל הנכסים לא הוחזקה הנחלה זולת היבם דלא נתברר לנא שום יורש אחר אלא היבם וכיון שכן במאי דקאי הר' מהרימ"ט הרי לא הוחזק שום בגוכן של א' לא בקמא ולא בבתרא כדי שיקרא שמו ודאי ולדון בו אין ס' מוציא מידי ודאי

באופן דכה"ג שכתבנו דהאי דינא דהרוגי מלכות דנכסיהם למלך מחו' ירושה ניטו נה והגם דלא נלקו לאוצר המלך יר"א כל היכא דאיתיה ביה גוא דמלכא איתיה ואיכא ס' דדינא בבני הקונים אי דקמא או דבתרא ועתה הנכסים איתנהו בתחת יד של בתרא ובאו בטענת קים לי ואפי' דלא ידעי לטעון אנן טענינן ליה כמבורש בבני ספרי דבי רב א"כ כביר מלאה ידם ידם של בני הג' גי' משה מ"ך שלא לתת להתובעי' הס' פרקי הי"ו דבאו בטענת ירושת מר דודם א"ח המלוכה המלך היים דהרי בני גי' משה אינון וכן בבני נכסי אלא מטעמ' אהרינא ולא מתור' ירושה

האמנם איכא לצדד ולומר דהאי טעמא לא שייך אלא לפטור את בין הגביר גי' משה מ"ך דהוא ניהו גי' מנחם נר"ו בדפ הג' גי' מרדכי נר"ו דכבר הוא מושבע ועומד מפי דינא רבה מע"הק ירוש' ת"ו ועילא מנהון הר' המופלא רבין ה"ק מהרה"א גאגין נר"ו וזה נוסחו המובא בשאלה אנחנו החותמים מטה מתחייבי' בחיוב ג"וש ונק"וש כו' לאשר ולקיים כל אשר יגזור הומר ויתברר הדין פע"הק ת"ו מפי עט"ר מהרה"א גאגין נר"ו כו' ועלינו לקיים שפיר גזרתו עכ"ל י אשר יאמר כי הוא זה עליו אין להוסיף וממנו אין לגרוע ונשבענו על זה ש"ח ע"ד המב"ש כו' לאשר ולקיים כל הנז"ל כו' והיתה לבאר כו' דהיינו דוקא עד מ' יום ולא יותר ואם יתעכב ההוחס הב' מלהביא הבירורים אני ההז' הא' פטיר ועטיר כו' הכיציר מרדכי פ'ראי · הלעיר כמוה"ל פרחי עכ"ל הקבלה ועוד כתוב שם דאחר דנשבעו כ"א ואחד להקומו עבר הזמן המוגבל של מ' יום וצ"ע מלא הגי' מרדכי מקום פטור דפטיר ועטיר מכח שבועתו כו' ועל זה באה תשובתם של הרבנים עה"ק ת"ו ועינא מנהון רבין חסידא הרב המופלא רי"ל מהרה"א גאגין נר"ו ז"ל זאה"ך שלהנו רק מיוחד לגי' מרדכי כו' דהגם דנתאחר גי' שמוה"ל ועבר מן המוגבל עכ"ז לא מכני זה יתבטל עיק' שבועתו וקבלתו שקבל לדון נפנינו כו' והתרינו בו שזם לא יבא כו' אנחנו

הנרנו כוהביכ ורוהמים ונוחני' פס"ד נבלינה חריפת כו' וכבר נתריינו נכסי הר"ח נ"ע נמה שעמדו לדין נחוחן הימים לפני מינ' הר' המו' מהר"י ענתיבי וב"ד הלדק כו' והנהגנו בשם ה' אלהינו נזכיר קמנו ונתעודד ועמדנו על בוריין של דברים כו' ורחה רחינו על הדין ועל החמת כי חחר שלבר עמדו לדין לפני הרבנים הנז"ל נמלח דהרי נתחייב גי' מנה נ"ע לפהי כהות חלף ור"ן לסים עו"ת ליורשי גי' יוסף נ"ע הוק בירושת חת המלוכ'ה וכ"ז נתברר חלינו עפ"י המעב"ד והבירורין והומדנות ורחיות ועדויות דבכולם עמדנו עליהם כדין וכהל' דהסך הנו' הרי הוח חוב גמור מבורר על נכסי גי' מנה מ"ך עכ"ל והתימתי עלה מע' הרבנים המו' ר"ל מהרה"ח גחגין נר"ו ומהר"ה פיוחנטי ומהר"ס חזן ומחחר דלבר ילח מפה קדוש מע' הר' המופלח ר"ל נר"ו ומע' ב"ד העי"ח דהייב גי' מרדכי הנו' הסך הנו' לפום ריהטח נרחה דחין כל הרורות שבעולם פוטרין חותו דהח כבר נתחייב בקנמ"ך ובשבועה לחסר ולקיים ספיר גזרהו על מה שחמר כו' והגם דכוחה על זה של מע' הרבנים עה"ק ת"ו להייב חת הס"ך חלף ור"ין כסים למני חהיו גי' מרדכי וגי' מנחם נר"ו חף דגי' מנחם ה"י לח עמד לפני הרב עליון ר"ל נר"ו בשעה דיחדיו למשפט נקרבו גי' מרדכי וגי' שמוחל מ"מ טעמייהו של מע' הרבנים עה"ק הוח מחחר דעמד בדין מורישם גי' מנה חביהם לפני הרבנים עיר דמשק ופסקו דינם וניתן מעב"ד על זה דהייב גי' נשה מ"ך להת ולמסור חלק ירושתם הנוגע להם ממר דודם חת המלוכה נמלח דלבר הל שעבוד על נכסי עזבון גי' מנה וח"כ גם גי' מנחם נר"ו הייב לשלם במיטבח מחלית הסך הנו' וכמו שבח בהדיח במכתב בקונט' של מע' רבני עה"ק ירוש' ת"ו וז"ל דינח יתיב וספרין פתיחו כי יכולין ב"ד הכדק להוריד להתובעים הנו' לנכסי גי' משה מ"ך מקרקעי ומטלט"ט שלח בפני יורשיו גי' מרדכי וגי' מנחם וכמו שבח בחרוכה יע"ש

ולפי מה שלדדנו חנן ביצניותין גי' מנחם ה"י פטיר ועטיר וכטעמח דכתיבנח ובח לידי חגרת התומה ניתנה מחת רבני שחלוניק"י דבחו במכתב להשיב ע"ד פתגם וז"ל בקילור נמרץ ח"כ חיפח לגבי דידן נלע"ד חחר דגי' מרדכי סידר טענותיו לפני מינ' הרב ר"ל ונתחייב לקבל עליו כו' ע"כ מה שיחמר כי הוח זה החת דתו והסכימה דעתו דעת עליון נר"ו להיוב חין פוטר חותו בעד חלקו המגיע לו מהחלף ור"ן כיון דנתחייב בקנמ"ך חליבח דכ"ע חינו יכול להזור ובפרט לדעת מרן הקדוש ז"ל מחריה דחתרייהו כמפורש יולח מפי סופרים ומפי ספרים חך חמנם על חלק המגיע לגי' מנחם נר"ו חחיו שלח עמד לפני מע' הר' עליון ר"ל ולח קבל עליו דעת הרב ע"ו חין לנו להכריע בין ההרים הגדולים כו' עכ"ל החגרת וחתימי עלה מע'בי דינח רבה העי"ח הרבנים, הר' מנחם הכהן ן' חרדוט, וה"ר שלמה פיפחנו, וה"ר ילחק הכהן הסיד, ע"כ הנה גם רבני שחלוניק"י יע"ח הנה הנם כבותכי נכמו של הגביר גי' מנחם דפטיר ועטיר

לחת כו"פ למע' התובעים הנו' החמנם לגבי גי' מרדכי עלו בהסכמה להייבו מכח דלבר קבל לכל חשר יחמר הר' המופלח

ואף על גב דמלח מקום פנור גי' מרדכי על קבלרו וז"ל הנה דחמרי שלח נתכוונתי בשבועתי זחת כי חם דוקח חם יבח גי' שמוחל ה"יו לזמן מ' יום והחות ומוכח על זה דחחר דכתבו שטר הקבלה בחו להתפוס לנו ולבח על החתום רחיתי שחני שעבדתי גופי בכל עת וזמן דינזור עלי הרב המופלח ר"ל נר"ו לבח לדון לפניו בו בפרק קרחתי בגרון שחיני חייב כי חם עד מ' יום כו' וע"כ הולרכו לבחר וז"ל ור"ל כמ"ש בכל עת וזמן כו' היינו עד מ' יום ולח יותר וחם יתעכב ההותם השני כו' חזי ההותם הרחשון פטיר ועטיר וחחרי שכתבו שביחור נשבענו וחתמנו וחדעתח דהכי נשבעתי דחם יעברו מ" יום ולח יבח ן" דודי בטל שטר הקבלה מעיקרו דחל"כ מה הועלתי בביחור זה כיון דסו"ס חני מהוייב להתדיין שם לפני הרב נר"ו ולחיזה ענין התניתי תנחי זה עכ"ל הנה הרב רבי"ן הסידח ומע' ב"ד שעי"ח לח שמיעח להו ולח נתקבלו לפניהם דברי החיש גי' מרדכי דהחי לחודיה קחי והחי לחודיה קחי ובשיטה הלו קימו וקבלו הרבנים בי דינח רבה של מתח שחלוניקי יע"ח דחין פוטר חותו לגי' מרדכי נר"ו מקבלתו והגם דלעומת זה דרכו קפת"ם קה"ת גבורים הרבנים מוסדי חרץ חדמת קודש טבריח יע"ח דטענת גי' מרדכי היח הטובה על בלהן מלכים ומה כה ב"ד להוליח מתחת ידו של גי' מרדכי נר"ו מ"מ כל לגבי דידי חנח דחמרי דלדקו דבריהם של מע' הר' רבי"ן הסידח וב"ד העי"ח ומע' הרבנים של מתח שחלוניקי יע"ח דחני רוחה דחיכח שני ענייניס בהחי לישנח של הקבלה של גי' מרדכי נ"יו הענין הרחשון הוח דנתחייבו בקנמ"ך כתחו"ל לחסר ולקיים ספיר גזרתם של הר' רבי"ן ח"ק ובית דינו ויפסקו הדין כן יקום דכוונת החי לישנח הוח לעיקר חיוב ופטור והענין השני הוח חיוב טרחת הדרך דנתחייב לזוז ממקומו ולנסוע מחהלו ולבח להתדיין פעה"ק לפני הרב רבי"ן ח"ק ועל זה בחם החי לישנח דר"ל כו' דחין משמעותו חלח לענין יליחת מקומו וללכת לחרץ החיים ירוש' ת"ו ועל ענין טרחת הדרך הולרך לבחר ולפרש גי' מרדכי תנחי זה דהיינו דוקח עד מ' יום ולדידי החות והמופת לזה הפירוש דחינו סובב הולך החי לישנח דר"ל כו' לעיקר היוב הרחשון דהח נתן סימן גי' מרדכי וז"ל ורלינו לבחר דמה שכתוב בשיטה ו' בעת וזמן כו' דהיינו לענין טרחת הדרך וחם חיתח דהחי לישנח דר"ל סובב הולך לעיקר החיוב דהוח ענין הרחשון היה לריך גי' מרדכי נר"ו לחת הסימן בשיטה שניה חו שלישית דהתם הוח עיקר הקבלה של פסקח דדינח כחשר יגזור חומר הרב המופלח רבין ח"ק ומעלת ב"ד הלדק העי"ח חלח משמע כמו שכתבתי

האמנם הגם דכתיבנן דספיר גזרתם של מע' הרבנים המופ' עה"ק ת"ו דלח נתקבלו לפניהם דברי החיש מרדכי מ"מ כפי מה שבררנו למעלה לח גלכד גי' מרדכי ברוח שפתיו

מכה

מכח הקבלה הנז' אלא כל מה שיגזור אומר הרב ר"ל נר"ו לענין פסקא דדינא והרי אנן בדילן כבר ראינו דגילו לעתם דמשעת עמדתו לדין הגביר הג' משה מ"ך לפני הרבנים הר' מהרי"ע ומהר"א אשכנזי ומהר"ח מ"ט מעיד דמשך יע"א כבר נשתעבדו נכסיו אשר מהאי טעמא היינו גם לגי' מנחם נר"ו אפי' דלא עמד בדין עשהג' גי' שמואל ולא קבל שום קבלה להתדיין לפני הרב ר"ל נר"ו למאהר דכל אילם הוא דחל שעבוד נכסים נכסי גי' משה בשעה שעמד בדין לפני הרבנים רבני דמשק יע"א או לא צריכין שום קבלה מיורשי נהלתו בני ג'י משה מ"ך דהא כבר מורישהאביהם נתחייב לתת ולמסור חלק ירושי' לבני ג'י יוסף נ"ע מעזבון מר דודם אח המלוכה המלך חיים

וכפי מה שהעלתי מכל פרש"ת העבור דבני ג'י משה מ"ך כל שישנו תחת ידם ורשות' מהאבניה עומ"ד כל הון יקר ונעים ודינרי זהב לאו מכח מורישם ג'י משה מ"ך קא ירתי אלא מכח הפקר קא זכו וכאמור למעלה א"כ מה להם כי יזעקו בני ג'י יוסף מ"ך דיש בידם נכסי מר דודם חלק ירוש' מאחר דכבר נשתעבדו נכסי מורישם גי' משה מ"ך דהלא לאמונה מהפקרא קא זכו וכטעמא דכתיבנא

המורם מכל מה שכתבתי להאי דינא דהרוגי מלכות כו' איהו ניהו כדין ירושת היורשים ממש דלאחר הלה זכייתם בלתי מעשה קנין והזקה וכל היכא דאיתיה ברשות היורשי' איתי' כמו כן נמי ירושת המלך בנכסי ההרוג כל היכא דאיתיה בי גזא דמלכא איתיה ולאחר הלה זכייתו בלתי שום מעשה של קנין והזקה וכבר כתבתי דזה ימים ושנים שאלתא שאיל קדמנא מילתא כדנא ונפסק הדין ונכתב ונחתם מעב"ד ע"ז דזכי המלך הלה לאחר בלתי שום קנין אשר מהאי טעמא רפו ידיהם של הבע"ח של הגביר גי' ברוך הג' מאן מ"ך מלהוציא מתחת ידם של בני הגביר ז"ל מה שהיה חייב אביהם והטעם דלאו מכחו קא ירתי אלא ממון הפקר הוא

ומהודענא דבהאי דינא של ויכוח השי' פרהי נשא ונתן בזה הח' הש' הד"ות כמה"ר יוסף אלפאנדארי נר"ו לענין הלכה כיד ה' הטובה עליו וזה הל' העלה דפטירי ועטירי בני הגביר ג'י משה מ"ך מהאי טעמא גופא דהרוגי מלכות נכסיהם למלך לאחר בלתי שום זכיה וקנין יעויין שם בקונטריסו (וזהנה הוא בא קונטריסו לקמן סי' ה' באורך וביותר ושק"וט בדברי הפוסקים של הרבנים יע"ש)

ברם ראתה עיני בדברי הרבנים מוסדי ארץ ארץ צבי ירוש' ת"ו דבנו יסודם דהגם דבמעב"ד דנפק מתחת ידיו גליון זהב הרב המו' מהר"י ענתיבי לא חתימי עלה אלא שנים ואל השלשה לא בא הדיין הג' דהוא מהר"ח מ"ט נר"ו מ"מ כתבו מע' הרב ר"ל נר"ו ובית דינו הע"א דשאל שאלו למהרי"ע נר"ו ע"מ וע"ת לא בא על החתום הדיין הג' ויהי כמשיב דסיבת מניעת החתימה היה מפחד מרדכי ומהדר גאונו וגם שלחו במכתב להרב מהר"ח מ"ט נר"ו דלמודעי הם צריכין מאיזה סיבה לא

חתם והרב המופלא ר"ל נר"ו כתב דכה היתה חשו' מפני הפחד והאימה אשר נפל עליו מגדול' מרדכי עד כאן ולעומת זה שכנגדם הרבנים אדמת קדש טבריא הע"א ה"ה הרב המופלא רב הנ"ז ומע' ב"ד והרב המופלא מהר"י פינצי באו במכת' לחקור ולדרוש למע' הרב המו' מהר"ח מ"ט נר"ו ינופף ידו י"הק ע"מ וע"מ ידיו אסורות מלבא על החתום במעב"ד אשר נכתב ונחתם מפני שיי לבאות ישראל הרבנים הרב מהרי"ע והרב מהר"א אשכנזי מגיד אומר דהגביר גי' משה מ"ך חייב לתת ולמסו' ביד יורשיו של א"ח המלוכה חלק ירושת' אשר תחת ידו ויהי כמשיב דאיך יבא על החתום דכל לגבי דידיה ילע בנפשיה דלא ידע להיכן הדין נוטה אי חייב גי' משה מ"ך או פטיר ועטיר

באופן דלדעת הרב מהרי"ע נר"ו הוא למעב"ד אלים כוחיה להוציא מיד הגביר גי' משה נ"ע וה"ל כאלו בא על החתום הדיין השלשי הרב מהר"ח מ"ט נר"ו מאחר דכבר נתברר לו להרב מהרי"ע נר"ו דטעם מניעת החתימ' אינו אלא מפחד האיש מרדכי ומהדר גאונו . האמנם לענין דינא אף הוא בהסכמה עלה דהיובא רמיא עליה של הג' הנז' גי' משה מ"ך להחזיר זכותם של חלק ירושתם למע' בני הג' גי' יוסף מ"ך כדמ"ו והנו שהדו' של רבנן סבוראי הרב המופ' ר"ל ומע' בית דינו הצדק הע"א נמצא דראינו מלכים אדירים רבנן שבו' האיתנים מוסדי ארץ מדיינים זה עם זה אי האי כתבא דרשיא להתימי עלה מע' שני שרי לבאות ישראל אי אלים לאפקועי ממונא אי לא ואין אתנו יודע למי מקדושים ינטו אשורינו להוציא הדין על האמת וצדק

ואיברא דאלולי שהדותייהו מהרב רבי"ן ח"ק ומע' ב"ד דהעידו דמה שלא בא על החתום הרב מהר"ח מ"ט אינו אלא מפחד מרדכי כו' לא הוה שמיעא לן שהדותייהו מרבנן קדישי מהרי"ע נר"ו ומהר"א ז"ל אף אם היה בחיים הרב מהר"א ז"ל הגם דכבודם ויקרם ורבו יתירה מסתופף עליהם ומפיהם תלא תורה דהא מתברר מסוג' דפ"ב דכתובות דכ"א ע"ב דאיתא התם אמר רב שלשה שישבו לקיים את השטר וקרא ערער על א' מהם עד שלא חתמו מעידים ואותם שחתמו אין מעידין עליו ואותם ופי' רש"י ז"ל דהוו נוגעין בעדותן דגנאי הוא להם דישבו עם פסול לדין עכ"ל

ולפי דידי אין ספק דאין כונת רש"י ז"ל לומר דוקא פסול בדין דהוי פסול בגופו של הדיין ברם היכא דאין הפסול בגופו אלא מכח דהפסקא דדינא לא מהני כגון האי דינא דאיני יודע להיכן הדין נוטה לא חשיב ליה רש"י נוגע בעדות ומינה דנ"ד דהא כתבהרב ש"הג משם ריא"ז וז"ל אבל אחר שחתמו אין מעידין כו' לפי שנראין כנוגעי' בעדותן כדי שלא תתבטל חתימתן כמבואר בקונט' הראיות ע"כ הנה אסברא לן ריא"ז דזה הסיבא הנאהבגדולה לדייני' כל היכא דאיכא ביטול חתימתן ויעויין להרב בא"ז. שם שכתב משם הרמב"ן והרשב"א כסברת ריא"ז יע"ש וכבר הרש"ך

אסף

אסף וקנץ על דין זה וצירף סברת רשי' עם סברת הרמב"ן והרא"ש ודעימיה יע"ש ויעויין למהרי"ט ז"ל בס' תמהת יו"ט ד' מאי דנשא ונתן במקצוע הלז ועי' לה"ר מהרימ"ט ח"מ סי' י"ל והא"ת סי' פ' מה שפירש בהאי סוגיא ולא עת האסף פה יע"ש , וכיון שכן אם הכתב והמכתב אשר כוננו ידיהם של הרבנים רבני אדמת קודש עבריא לפה קדוש הרב המובהק הר' מהר"ח מ"ט ההוא אמר לה"ו דמניעת החתימ' היה מסו' יראה ופחד מרדכי דלא אדם הוא לירא את נפשו מרבבות עם ותמיד כל הימים מקיים מקרא שכתוב לא תגורו מפני איש אלא האמת במה שהוא אמת הוא דסיבת מניעת החתימ' אינו אלא כי לא הוברר לו אמיתות הדין אם לחייב את גי' משה מ"ך או לזכותו דלא ידע בנפשי' להיכן הדין נוט' באמת ובתמי' ועל היום הוא הולך במיל' כדנא ולבו נוקפו אם חייב או זכאי אם כן ברואה יר' דאין עדותן של מע' הרבנים המופ' רבני דמשק יע"א מהניא לן דמאח' דאחד מן הדייני' אמר איני יודע להיכן הדין נוטה מתבטל הדין דצריך להוסיף בדיינים ובנ"ד איכא ריעותא אחריתי וק"ו הוא דלא מהניא עדותן דהשת' ומה התם בסוג' לא מהני עדותן אחר שחתמו הגם דהכי דיינים החותמין מעידין ומגידין עתה בפני' ב"ד כדינא של תורה מפיהם ולא מפי כתבם עכ"ו משו לה רבנן דאיכא חסדא לענין נגיעת הדבר ובטל ומבוטל עדותן כ"ש וק"ו בנ"ד דאין כאן הגדה כדינא אלא על אחד בכתב ועל אחד בע"פ למהרר"א כבר נתבקש בישיב' ש"מ ולא נשאר אלא מאי דאיתי' קמן הרב המו' מהרי"ע נר"ו ויהי הו' דלנלה ואפי' אם נאמר דמהני ע"א בכתב וע"א בע"פ

וכבר ידוע מ"ש גדולי אחרונים בזה מ"ת בהאי לישנא דבא במכתב במעב"ד דהחתימי עלה שני שרי לבאזת ישראל מהרי"ע נר"ו ומהר"א ז"ל לא רמיז אלא פסקא לדינא בלבד והגם דעדין איכא גבן עדותו של הרב המו' מהר"י נבון דנתראה פנים אל פנים עם הרב מהר"ח מ"ט כו' וזה נסחו של כתבו הבהיר של הרב המו' מהר"י נבון ז"ל ושאלתי והקרתי מפי הדיינים' ה"ה מהר"ח מ"ט והודה לפני דכל הכתוב במעב"ד אמת ויציב ונתברר בפניהם והודה בו אכן לא ציית לדניא הג' גי' משה ע"כ הנה העד העיד בנו הרב מהרי"ן עדותו מתם של הרב מהרי"ח נר"ו דסיבת מניעת החתימה לא היה מפני דלא היה יודע להיכן הדין נוטה כו'

והגם הלום לא הרוחנו לפום דינא ולהוצי' מתחת ידסורבותם מיורשי גי' משה דמלבד דכל לגבי דידן איתי קמן ס' שקול כנז"ל זאת ועוד אחרת הא איכא גבן מאי דכתב הטור סי' נ"א סברת הגאון וסברת השאלתו' של רב אחאי וסברת הראב"ד דפסקו כסברת הירוש' דע"א בכתב אינו כלום ואינו מצטרף עם העד בע"פ יע"ש ולהרב הכנה"ג ז"ל שם הג"הט אות ג' ולהרב פ"מ ח"ב סי' דפ"ה ע"א ואילך וכיון דכן מאחר דכתוב בשאלה בנוסח הקבלה דקבל גי' משה מ"ך ז"ל ובררנו דיינים לדון בכל הנז' להרב מהרי"ע ולהרב מהר"א ולהר' מהר"ח מ"ט כו' וקבלנו לשלשה הדיינים הנז"ל כו' עכ"ל ,

דמריהטא דהאי לישני' נתברר דאדעתא דתלת' נחתו וכמו שאמרו בסוג' דפ"ק דסנהדרין ל"ה ע"ב דרב נחמן תירץ לקו' רבה דהקשה למימרא דשמואל דאמר שנים שדנו דיניהם דין דשאני מתני' דאדעת' דתלתא יתבי כו' יע"ש וא"כ מינה לנ"ד דהקבלה לא היתה אלא אדעתא דשלשה הדיינים הנז'

ועוד איכא לישא וליתן בענין זה דהא אמרינן שם פ' זה בורר ד"ל ע"א ופס' הפוס' והטור ומרן ז"ל סי' ט"ל סעיף ד' דהיכא דכתי' בפנינו ב"ד הולה פיולא חתימי בו אלא שנים ולא כתיב ביה וחד ליתוהי פסול דשמא טעו לומ' דשנים חשובי' ב"ד כו' יע"ש וא"כ בנ"ד דכתבו אנהנא בי דינא דה"ל דנתבררנו לדון כו' אנחנו מחייבים כו' לא מהני' המע"ד כל דלא חתימי הג' דיינים והגם דלכבר הסברא לן הריב"ש סי' קי"ג בהקדמה השנית וז"ל מעב"ד אין צריך דיחתמו שלשתן ודי כשחתמו שנים מהם כל שכתוב בו בי דינא כו' דהשתא כבר מפו' לכל דאין ב"ד פחו' מג' וכל דכתי' בי דינ' או לא צריך יע"ש והבי' לדבריו אלו מרן ב"י סי' מ"ו מחו' כ"ד והש"ך שם ס"ק ע' והגפ"ל מהר"י באסאן סי' פ"א לג"ן ע"ג כתב ע"ד הריב"ש הללו דאפי' לדברי הריב"ש ז"ל הכל לפי הזמן ובזמנינו זה הן רבים עתה אשר אינם יודעי' דבר זה מ"מ כבר כתב לדבר הור' הזקן ואין לפסול השטר בשביל כך עכ"ל

לדידי חזי לי דאין דברי הריב"ש שייכי לנ"ד דלא אמרה הריב"ש אלא היכא דלא קדמה לן טעמא סיבת מניעת חתימת הדיין למה לא בא על החתום אז דיינינן מאחר דהאי דינא דאין ב"ד פחות משלשה מפורסם לכל וסתמא אמרי' דילמא איזה אונס איתרע ביה בדיין הג' דלא בא על החתו' ולא תלי' דמניעת החתימ' היתה מילת' דספיקא דדינא כהתם היכא דאיכא גבן ס' דדינא במניעת חתימתו של הדיין השלישי וכגון נ"ד דאיכא אמבוהא דרבנן סבוראי רבני אלפין מלכים מדיינים זצ"ו ומכחישי' זה את זה דלפי סברתם של כת א' לפום דינ' המעב"ד לכ' והתמו הרבני' המו' רבני דמשק יע"א חיליה תקיף ואלים להוציא את בלעו מפיו גי' משה מ"ך וכך עלתה הסכמתם של הרב המופלא רבין ח"ק ר"ל ומע' ב"ד לדברי הרבנים המו' רבני דמשק כגחלי אש והאמת במה שהוא אמת אתם ואין לנטות ימין ושמאל מסברתם וכמו שהאריכו למעניתם בקונטריסם מחמד העין ולעומת זה באו רבנן סבוראי רבני אדמת קדש טבריא ומכחשי להו דאין חתימתם של הרבנים המו' מועיל לפום דינא וכנז"ל באופן דאיכא תיובא במעב"ד לפי סברתם וא"כ אנן יתמי דיתמי מה נדבר ומה נצטדק לידע אמיתותן ולסמוך לאיזה צד מקודשים ולהוציא הדין לאמיתו וכיון שכן הדרינן לכללא דמסרו בידינו גדולי אחרונים שב וא"ת עדיף ולא עבדינן עובדא להוציא ממון במעב"ד כלו ולא משום חששא דב"ד טועין ח"ו אלא משום דלגבי דידן איכא גבן ספיקא דאתיליד אחר חתימתן ואמרינן דלא אמרה הריב"ש בגוונא דנ"ד ואיכא למימר דאין לך בו אלא חידושו ובעינן חתימת הדיין השלישי מאחר דנוסח הקבלה קורא בגרון דאדעתא דתלתא דייני' הנז' נחתו מעיקרא ,

ובזה הא קבלה מנן שוייא דהא לכאור' חברה נגלה דהא כתוב בו וז"ל ואזהרה שמענו דאין רשות לשום ממנו כו' לספר בענין זה עם אילי הארץ ה"ו כו' אך ורק כאשר יגזרו מע' הרבנים נ"י ויחתמו בידינו דכל מי שירצה לקיים את דבריהם אזי יכתבו לשם הדייני' נ"י בחתימת שלשתן או תרי מהם דהרשות נתונה בידינו להקריב משפט המסרב לפני אילי הארץ כו' ע"כ

הרי לכאורה דגי' ו דעתם דלא נחתו אדעתא דתלתא דוקא ולא כהות דהא די לכו בשתי החתימות אשר מהאי טעמא שלחה הסכמת דעתו דעת עליון של הרב המופלא רבין חסידא ר"ל נר"ו לחייב את יורשי הגביר גי' משה מ"ך לשלם במיטבא אלף ו"ן כסים עו"ת לידם של בני הגביר גי' יוסף נ"ע

ובשאני לעצמי נמודעי אני צריך ומי יתן ידעתי ויודעני טעם נועם דברותיו של הרב נר"ו לעשות מעשה ולהוציא ממון מתחת יד היורשים מאחר דמשפט הלשון ניכר לב"ד דמשמעותו הוא דקאי וסובב לנתינת הרשות להקריב להמסרב לפני הערכאות ואילי הארץ דכל רואיהם יכירו שדאיכא שתי אופני קבלת דעת ומשפטי לשונם של מע' הרבנים רבני דמשק הקבלה הראשונה איהו ניהו עיקר התביעה של הממון הירוש' לידע להיכן הדין נוטה ומי הוא החייב ומי הוא הזכאי והקבלה השניה הבא' אחר הקבלה הראשונ' הוא דכבר גמרו בדעתם דעת עליון של מע' בי דינא רבה רבני דמשק דהיש פ' חייב ואיש פ' זכאי ויסרב אחד מהם שעה מן העתים בא"ה דבר או הני דבר והכל לפי ראות מע' הדיינין דבאותו פרק באותו ומן דראוי להקים דגל התורה לכוף כאגמון ראשו של המסרב ומוסרו לפני אילי הארץ ועל שתי קבלות הללו בהרו להם השני צדדים דרקישרה דלאופן הקבל' הראשונה דהיינו לענין הכש"ד והמשפט דכבר גמרו בדעתם גם שעת'ניכן שהדין נוטה ומי הוא החייב ומי הוא הזכאי דכבר עלתה הסכמתם כן אזי הקפידו בלשו' דיחתמו השלשה דיינין הנו' כאשר משפט הרוץ בדעתם דאדעת' דשלשה נחתו מעיקרא הרבני' פ' ופ' ופ' האמנם הקבל' השניה שנהה אחר קבלה הראשונה דמתלא תלי בעת מן העתים דאין לך אדם שאין לו שעה דיעלה בחכמו ורגונו של המסרב שלא לקבל איזה דבר או הכי דבר באמור לו לך ושוב ומחר אתן לך דזה תלוי לפי ראות הדיינין מתי דעתיה של המסרב אם לעקל כו' לענין קבלה הלזו עיקר הסכמתם של השני כדדים והיתה בפיהם ובשפתם בענין החתימה דשגי בשני החתימות הדיינים ולא הקפידו בלשונם על שיחתמו השלשה אלא פירשו דבריהם או שנים מהם ולא סתמו לשונם כאשר בזה הקבלה ראשונה ושמעתי באומרים לי דהטעם דלא הקפידו השני הצדדים בחתימתם של השלשה דייני' בענין השירוב כמו שהקפידו בעיקר קבלת הדין והמשפט דלא ביתו בפיהם או עד שיחתמו ב' מהם השיבה היתה דמאחר דהאחד מהשלשה הרבנים כו' דקבלו עליהם לדון בפניהם איהו ניהו בר מתא אחריתי ושליח מלוה הוא דשם לדרך פעמיו לרוץ אורח מעיר לעיר וממקום למקום וחשבו השני' הצדדים דבאיזה זמן מן הזמנים יבא שירוב מאיזה צד שיהיה ולא ידעי איה מקום כבודו לשאול את פיו מה יהיה משפט המסרב אם הוא ראוי למוסרו לפני אילי הארץ אשרמעטפ ופ דאינו בנמל' הוכרהו בקבלה הלזו לפרש דבריהם דבחתימות שנים מהם שגי דהכונה המגוררי' בעיר דמשק יע"א כך שמעתי באומרים לי דכן בא בטענה הגביר משה מ"ך ז"ה היתה כונתה של השני צדדים באופן דהביצלי דבר מפרשי' כוונת לשונם על מה אדניה הוטבעו לדקדק בלשונם כה"ג וגם לנא בי דינא הכי ניכר פשטא דהאי לישנא להכי שומעין וכבר אסברא לן הרשב"א ח"ב סימן ש"ה רמזה מר"ן ב"י ח"מ סימן מ"ב מהודש ה' דכל היכא דמשמעות ניכר לב"ד מתוך הכת' לא מבעיא אם הוא ליפוי כח הלוה הבאים להוציא מתחת ידו דודאי דאזלינן בתר המשמעו' הניכר לב"ד מתוך הכתב אלא אפי' הוי ליפוי כחו של בעל השטר אזלינן בתר המשמעות הניכר לב"ד יע"ש נמצא דהדבר תלוי בניכר לב"ד דאלימא מילתא טובא הכרת ב"ד במשמעות הלשון וכיון שכן הדרינן למאי דכתיבנא דכל לגבי דידן ניכר לב"ד משמעות האי לישנא דהאי קבלה או עד שיחתמו שנים סובב הולך לענין השירוב למוסרו להמסרב לפני אילי הארץ עד שיקבל עליו את דבר המשפט וכ"ש וק"ו היכא דהבעל דבר עצמו בא בטענה דכך היתה כונתו דאזי איכא למידן הכא דהלשון משמע הכי ומשמע הכי וכמו שפשיטא ליה להרדב"ז בחדשות ח"א סימן רג"ל וז"ל ותו כיון דראובן אומר ברי לי דלא שית ה כוונת שבועתי אנא לזה שומעין לו ואע"פ דהשבועה היא לתועלת האשה מ"מ לפירושו שומעין ולא לפי' כיון שיש שתי משמעיות בלשון כו עכ"ל

והביא דבריו הרב קהלת יעקב בקונ' תשובה לשון אות למ"ד סימן עו"ר יע"ש

הרי לכאו' דהשתא דאיכא שתי משמעיות שקולין ואין בידינו איזה מהם משתי משמעיות ניכר לב"ד עכ"ז בתר מאן דטעין דהכי שוה כונתו אזלינן אף דאיכא שבועה המורה בענין שמא בידי' לעשות מעשה ליסא אשה אחריתי וכמו כן בנ"ד הגם דנימא דאין המשמ' ניכר לב"ד אלא מש' הכי ומשמע הכי מ"מ כפי דעת הרדב"ז לפירושו שומעין אף דאיכא שבועה מאהה דליתא מנגד כנגדו וכנדון הרדב"ז דלא אפ' לאשתו לבא בטענת ברי נגד בעלה לזה נתכוונתם ונ"ל עדיפא דהוי בשוא"ת לא כן בנדון הרדב"ז דהוי קו"ע וזפ"ה כתב דשומעין לו ונושא אשה וכמו דהתם בנדון הרדב"ז ז"ל פתיך נמי הטעם דבדברים דבינו לבין יוכרו אדם נאמן הגם דהדברים נוגעי' לחברו לדרדא דממונא ולמלו כנמת' הרא"ש דכלל י"ד רמזה מרן ב"י ח"מ סימן ל"ד וכבר אסף וקבץ הרי כנה"ג שם הגב"י אות ק' יע"ש ויעוין להר' פ"מ ח"א סי' כ"ו וח"ב סי' י"ב וח"ג סי ג' כהונת עולם סי' רכ"ח דע"ו ע"ג יע"ש כמו כן בנ"ד פתיך נמי הזי טעמא דהוי דברים דבינו לבינו וכרו

וראיתי להרב כנה"ג שם סי' מ"ב הגב"י אות י"ו שכת' וז"ל כשהלשון מסופק

יל בע"הש ע"הא אפי' יש שבועה הר"ש מינץ סימן י"ו אמר המאסה והוא היאה דספק שבועה להרמי' יע"ש ואיכ' למידק ע"ד הר' כנ"הג דלפום ריהטא משמע דבנדון מהר"ש מינץ היו מכחישין זה את זה דלכי דברי המעון היה הוא דהאי להודיה קאי והאי להודיה קאי ואין נאמנת הנהם מגילתו מהומר השבועה ור' טוען עליו דלא היתה כונתו בשעת השבועה אלא דבנאמנת הקנס מגילתו מרומר השבו' ולא נתקשר בשתי קשירות וא"כ באנו למאי דאסף וקבץ לן הרב בסי' ל"ד כנז' דבדברים דבינו לבין ולברו הנה דהדבר נוגע לזולתו נאמן וולת היכא דאיכא סהדי דמסהדי נגדו יע"ש וא"כ ע"מ וע"מ קא מתמיה על הסברה הלזו של מהר"ש מינץ ז"ל

ואפשר דס"ל להר' כנ"הג דאין מתשובת הרדב"ז דבר ס'תר לי דיש להוכח דיע"כ לא אמרה הרדב"ז אלא דוקא היכא דליכא דסטרא המונג קמן אינו אלא דהעדים כותבים בשטר הלשון והדינור דנפיק מפומיה דבעל השבוע' כדמותו בצלמו אלה הדברים לא פחות ולא יותר ואנן בי דינא איכ' לאסתפוקי מאי כוונתיה וכנדון הרדב"ז על זה אסברא לן הרדב"ז מאחר דמשמע הכי ומשמ' הכי לו שומעין ולא לש ברם היכא דליסניה דסטרא איהו ניהו דהעדיכ מעידין ומגידין מאי דהוה ועבר בפניהם ואנן בי דינא ראה ראינו דאיכא לאסתפו' בליסניה דסהדותייהו דמשמע הכי ומשמע הכי ס"ל להר' כנ"הג דלא מייתינן לטענתייהו דכך היתה כונתם כהד פירושא וכהד משמעות דליסנא דסטרא דאיכא למיהם דנתן עיניו בליסנא דסטרא וראה והביע דאיכא תרי משמעות בליסנא דסטרא ומשמ' הכי דמסייע לאונס ומשמע הכי דמסייע לנתבע וע"פ תאי דראה והביע בליסנא דסטרא בא טע'ון דכך היתה כוונתו בשעת השבועה האמנם אפש'דקמי' שמיא גליא דאין פיו ולבו שוין דכך עלה בזכרונו תכד עלמו ולא מכד ראית השטר וכיון שכן דיינינן דכל היכא דאיכא רומר שבועה בפנינו אזלי'להחמי' והו אפ' לנדד בדעתי' של הכנ"הג ודלא כש'מהר"ש מינץ ז"ל

ועל פי קוטב זה אפשר דס"ל להרב כנה"ג ז"ל דע"כ לא פסקו גדולי האחרונים ז"ל האי דינא דבדברים דבינו ובין יוצרו דמהימן הגם דהדברים מגיעין לזולתו אלא דוקא בכה"ג אבל היכא דאיכא שטרא לפנינו דהעדים כתבו השטר כמנהגם משמע הכי ומשמע הכי דנפל ספיקא בליסנא דסהדותייהו הגם דבעלמא דיינינן יד בעה"ש עה"ת ה"ת היכא דאיכא רומר שבועה ס"ל להרב כנה"ג דאזלי להחמיר

עוד יש לנדד ולומר לדברי הר' כנ"הג ז"ל דליכא סברא מתשו' הרדב"ז ז"ל והוא מאחר דכבר אסברא לן הרדב"ז עלמו בתשו' היסנות י' ע' דהשפוסק כותב ב' או ג' טעמים על דין אחד לא שמכתי אני על אחד לבדו דשמא בעל התשו' זה כתב זה לעיקר אלא לסניפים בעלמא וע"ש דקא היג למורה אחד דסמך על טעם אחד לבדו יע"ש הביא דברי הרדב"ז הללו הרב מהר"ש הלוי ז"ל אחד רבני אזמיר בס' לב שלמה הנ"מ אות תי"ו דקל"ה

ע"א ועי' להרב דברי אמת בתשו' דכ"ז ע"ד ודמ"א ע"א שהביא תשו' הלזו של מהר"ש מינץ ז"ל ומאי דנסא ונאן הרב בזה ועי' להרב משאת משה ח"מ סי' י"ט דה"ן ע"ב דנשא ונתן בענין זה רמזו הרב ה"ש הגב"י ועי' להר' קהלת יעקב בלשון בני אדם דקפ"א ע"ב סי' תשס"ט יע"ש ודוק

באופן דכל לגבי דידן הוי קבלה דקבל הבני' גי' משה מ"ך עד מיתתו שניהם אינו לעיקר פסקא דדינא אלא שובב הולך למסרב וכנו' וכבר כתבנו דאלימא מילתא טובא הכרת בד' משמעו' ליסנא דשטרא וכמ"ש הרשב"א כנז' ואין כח ביד ב"ד להוציא מתחת ידם של יורשי הבני' גי' משה וכ"ש למאי דכתיבנא דינא דהרוגי מלכות וכאמור למע' ואין צורך לכפול הדברים

והנה אחר כותבי פסקא דדינא הלז בא אלי אגרת חתומה ניתנה מאחד משלי' פ'רתי הי"ו מגיד אומר דגופא דעובדא היה היה באנפא אחריתי וז"ל האגרת בקילור נמרץ טעמא דאתי דבור לכני מי שגדול כו' יצא לידון בדבר חדש חוזר ומלמד לטעון טענה חדשה אשר לא שמענוה מאז כו'ומיצוצ' לא שמענו כזו למידן דינא דהרוגי מלכו' כו' ומשה זכה והציל את עצמו ויש אומרים כי מר דאתריה רב גובדיה להיות שר המשכים ודעתו קרובה מטה כלפי דיניה דהכוא גברא וכשאני לעצמי לא אאמין לכל הסיפור והלילה שנאמר על רב שכמותו ולדיק באמונתו מי לנו גדול כמוהו מורה ודן דין אמת לאמיתו כו' ואעיקרא דמילתא אילו הוה שייכא האי מילתא מי לא הוו בקיאי בה קמאי שרי' ויועצי בעומדם יחד למשפט לפני רבני דמשק כו'והן ידיע ליהוי לך מלכא כי הן בעון משעת הגורה כו' אז אמר אויב ועשה כאשר זמם גזירה לגזירה להשליכו בלב ימים היי'ם בלינ'ו ולא ניתן לקבורה ואף כי עמדה לו זכות ואור הים ופלטו אחר והוסיף על חטאתו ויאמר שנ'ו על הים כעופרת במים אדירים והמלכה בנשים בוכה עליו ותתחלחל מאד ותעמוד בחצר בית המלכות ותפול לפני רגליו ותבך ותתחנן לו עד כי נכמרו רחמיו לקול בכיתה אז ראה וינחם על הרעה אשר עשה וידבר אל לבה כו' וגזר אומר להתיר כל חותמות הבתים ותנאודת להנתן לה את כל בית נכאתה אוהלים כאשר המה מלאים כל טוב יקר כו' נתונים נתונים המה לה לשמה ואשה בכל אלה זכתה במעשה ידיה כו' ומשה לא ידע ולא פגע ולא השיגה ידו כו' עכ"ל האגרת בקילור

באופן דכפי דברי האגרת הואת אין כאן שום רמז וזכות מלתא דהפקר אלא הכל בא לידה בידיעת השר במתנה גמורה לה לשמה והאלמנה הנז' זכתה בכל מכל כל ואין אחר זולתה וכיון דכהיום הוה דזה משה האיש אסף וקבץ הכל כאשר לכל וידו אוחזת ככל א"כ מאחר דאין ידיו של משה זוכות באים בטענה היורשים יורשי א"ח המלוכה לתבוע חלקם בנוגע להם מעזבונו של את המלוכה המלך חיים מ"ך

ואנא דאמרי ליה לכותב האגרת הלז דכפי הנראה מפום ממלל רברבן היא שדורה וערוכה

וערוכה דלא קיים מאמר הכתוב הלא אזן מלין תבחן וחיך אוכל יטעם לו דכמו דהחיך של אדם מבחין ומרגיש בין מר למתוק ה"נ האזן יש לו הרגש ומבחן מה במוציא מפיו וכמ"ש השמע לאזניך מה שאתה מוציא מפיך דמאחר דבאנו לידי מידה זאת דהאלמנ' הנז' היא המקבלת מתנה בכל נכסי עזבון א"ת המלוכה דהכונה דאהר דכבר חלה זכות המלך ונעשה ממונו של מלך מדין הרוגי מלכות אור הסר ועלה ברצונו וגזר אומר דהבתים מלאים כל טוב אבנים טובות כו' הכל כאשר לכל יחזרו לה לשמה לאלמנ' הנז' א"כ אודא להו טענתייהו של הסי' פ'רחי דמאי קא תבעי להו מיורשי גי' משה הא מלו למטען להו בע"ד אתון ומה לכם כי יזעקו מי בעל דברים יגש אלינו

ואם יטעון בעל האגרת דמאחר דהאלמנ' המלך חייה מ"ך היא זקוקה ליבם א"כ כיון דבזמן דנתן השר המתנה לאלמנה הנז' היה בשלשה חדשים הראשונים דניזונת משל בעלה א"כ יש לדון דכל מה שמרוהת היבמה הוא של היבם מאחר דהיא ניזונת מממון בעל' וכמ"ש לאהורה הרא"ש בתשו' כלל ן' סימן ד' וז"ל ובאותן שלשה חדשים דהיא ניזונת מעשה ידיה ליבם בכל מה שהרויח הן במלאכה ובפירות ובכל דבר כו' עכ"ל והביא דבריו מרן הב"י סי' ק"ס יעו"ש נמצא דדיינינן ליבמה בשלשה חדשים הראשונים דניזונת משל בעלה כדין אלמנה ממש וא"כ שפיר קא טעין הכותב האגרת הלז דלפום דינא קא ירתי שאר יורשיו של המנוח מ"ך המלך הייס ולא מכחו של א"ח המלוכה אלא דכל ממונה דזכתה איהו ניהו של כל היבמין ׃

דאמנם ברואה יראה דהא לא מכרעה דהא ממקום שבאת דומיא דאלמנ' ובאלמנה ואפי' אשה נשואה תחת בעלה כל מתנה דנתנו לה היא של עצמה אלא דפלי' רבוות' אי דייני' בממון בנז' כדין נ"מ יעויין סימן פ"ה וכבר ידוע דביבמה אין היבם אוכל בנ"מ פירות כלל וכדתנן מבנ' ערו' שומרת יבם שנפלו' לה כו' והגם דהרא"ב"ד קא משיג להרמב"ם פכ"ב דין יו"ד וכתב דגבי יבם ידו כידה והולך עמה בפירו' נ"מ ועיין לריא"ז פ' נערה גבי משנה נשבית כו' יעו"ש היינו דוקא בנכסי' דבעודה נשואה תחתיו נפלו לה וכמבואר שם ולא תימא דע"כ לא מלינו במשנה אלא דוקא בירושה דמילי' דלא בעיא קניה אלא ממילא קא ירית ברם במתנה דמטעם קניה קא זכתה אין ראיה מאותה משנה הנז' ועיין להרב משחת יו"ט ד"ה ע"ג דהילק כן לסברת רש"י דס"ל דהנותן מתנה לאשה דגוף והפירות זוכה הבעל והכל שלו דאין קנין לאשה בלא בעלה יעו"ש ע"כ לא אמרה רש"י הלא גבי אשה נשואה דאיכ"ל לאשה בלא בעלה לא כן גבי יבמה ואלמנה דוק ותליאה יוכיח וכיון שכן בנ"ד דהיא יבמה דנתנה לה השר הכל כאשר לכל מעזבון בעלה וכתה האלמנה וכיון דהוי ממו' שלה א"כ שפיר מלו לבא בטענה ליורשיו של א"ח המלוכה מה לככי תלעקו להו בע"ד אתון וכאמור למעל' כנו'

ועוד אף במונח כפי טענתייהו של התובעים של הסי' פ'רחי דגופ' דעובדא הכי הוא דכל מה שבא לידה של אלמנת המלך חיים היה בתורת מתנה דנתנה לה לשמה מ"מ אודא להו טענתייהו מתביעת חלק ירושת נחלה של ממון השותפות דנשאר ביד גי' משה מ"ך דהא לא חלה על ממון השותפו' זכות האלמנה במתנת השר דמאהר דהשר דהוא הנותן לא קדמה לו ידיע' בענין השותפות כלל ולא נתן לה לאלמנה אלא מאי דחתם בטבעת המלך דאיהו ניהו דקא חזא ושלט ביה עינא באופן דקא מודו התובעים לפי טענתייהו דשפיר כביר מצאה ידו של הג' גי' משה ולזכות בכל נכסי ממון השותפות דאיתיה תחת ידו

ועוד עמדתי משתומם על מאי דבא במכתב באגרת הלז דאנן בדידן מלמדין שענה הדשה כו' והוי טוען ומוזר וטוען"כ ומי יתן ידעתי מאי קאמרי דהרואה יר' דלא שייכא הכא האי ליש' דוא השיב טוען והוזר כו' דלא לייתי' ליה מאהר דהוי מן האויב על הפיטור דהא ספרין פתיהו דזיכה מלכות' דמטיא למלכו' דהרע' במהזייבי מית' דנכסי' למלך ירו"ה ומה שייך האי דינא דטוען והוזר וטוען כיון דזיכהו המלך מלכ' דעלמ' ב'ה וב"ש לכל מלכי ארע' נכסי הרוגי מלכו' שלהם והפקר ב"ד ש"מ הפקר ומי יבא אחרי המלך מלכא דעלמא

ועוד עמדתי מרעיד האי ליסנא דבא במכתב באגרת הלז וז"ל והעיקרא דמילתא אילו הוה שיכה האי מילתא דדינא דהרוגי מלכות כו' מי לא הוה בקיאי בה קמאי שרים ויועצי בעומדם יחד למשפט לפני רבני דמשק עכ"ל הגם דהכותב האגרת הלז פגים לישניה מ"מ מי לא ידע זוה דרכם של בתראי וספרי' דבי רב יוכיחו דמילתא כדנא מצוי ורגיל דבתראי הנה הנם ממציאים מסברתם סברה חדשה דלא עלו בזכרונם של רבנן קמאי והיא העולה על שלחן מלכים ומאי קא מתמה בעל האגרת הלז ׃

תבנא לדינא דאם האמת הוא כאשר שמענו מעיקרא דכל מה שבא לידה של האלמנה לא היה מדעת השר כלל ועיקר אלא ידה של האלמנה היתה מטמנת ומברחת בפחד ובבהלה ברתת ובזעדה שלא מדעת משרתי השר שלא יבינו ולא ירגישו משרתי הפחש'ה בלבר אזי דינא יתיב דמילתא דהפקר הם באים מכח דינא דהרוגי מלכות נכסיהם למלך וכמו שכבר בא בארוכה למעלה וכמו שכתבתי דאין כל הדם מעזבדא של הגביר גי' ברוך אג'ימאן דפגע בו מל"ה מלד המלכות זה עשרים שנה מו"מ ותלא דינא כן ונכתב ונחתם פסקא דדינא מרבני קוסט'א עירנו יע"א וזה נוסח הפתקא דבי דינא דנכתב ונחתם בו בפרק בפנינו ב"ל הבאים עב"ח עמדו לדין מע' הח"הש כמוהר חיים ענבי ה"י עם האחים המנורכיכה"ה הג'גי"ישעיה אג'ימאן וה"ר בנימין אג'ימאן בני המנוח הג' גי' ברוך אג'ימאן

אג'ימאן ותבע הרה"ה הנו' מאת האחים הנו' סך מה משהורות ג' אלפים שמכר למר אביהם מ"ך בעודו בחיים ולא נתפרע ממנו והאחים הנו' הודו בדבר החוב הנו' אך אמנם טענו טענות כנגדו לפטור עצמם מכל חובות מר אביהם מ"ך ואנחנו ב"ד הבאים עה"ח אחרי שמוע כו' נשאנו ונתננו בדבר הלכה ועלתה בהסכמתינו דעפ"י תורת הדין הגמור הרי מעתה בני המנוח ז"ל פטורי ועטירי פיטור גמור מלפרוע כל מיני חובות אביהם כי כל הנמצא תחת ידם ורשותם הכל כאשר לכל לא בא להם מלא ירושת מר אביהם כלל כי כן תורת הדין מחייבת ולמכתב לא קיהו באנו עה"ח בשליש ראשון להו'עבת בש' התק"פ והמונה ושו"ב וקיים עכ"ל והתימני עלה מורנו הרב הגדול הא' תנא דידן תנא דבי אליהו ענין ומנהיגו הרב המו' כמוהר"ר שבתי ן' טובים ואל השלשה לו' בא ה"ר הגביר כמוה"ר חיים כ'ריסקו והרביעי אנא הכותב אליעזר די עולידו ובענין היה דהטמינו והנדיהו בני הגביר המנוח ז"ל מה שהטמינו ועי"ז בא בטענה הה"סם התובע נו' דהנה דדינא הוא דהרוגי מלכות נכסיהם למלך מ"מ כל כמה דלא בא ליד המלך בחזקת בעלים הראשונים קיימי וממילא קא ירתי בניו אחריו וא"כ חייבים בני הג' לפרוע חוב אביהם ועי"ז נשאנו ונתננו בהלכה וראינו דתורת הדין הגמור דכל היכא דאיתיה בי גזא דמלכא איתיה ומהפקרא קא זכו ומה לו לתובע כי יזעק וכבר כתוב עמדי מה שאספתי וקבלתי בו בפרק ובא שום הטעם בפתקא דבי דינא משום דפעמים דאתה מהעלם וכמובן נמצא דכבר נעשה מעשה בימים הקדמונים לדון האי דינא דהרוגי מלכות דכל היכא דאיתיה בי גזא דמלכא איתיה ואם קדם אחר זכה דמהפקרא קא זכי וממילא קא זכו בני הג' גי' משה מ"ך דאפי' תאמר דמאחר דהאלמנה הנו' והג' גי' משה לא זכו מטעם דאינהו סברי דהממון שלהם ולפי האמת אינו וכמ"ש לעיל הרי מ"מ בימים הללו ובזמן הזה דהממון הרי הנה הוא תחת ידם של בני הגביר ג'י' משה מ"ך הנה הנם זוכים מטעם הפקר וכמו שבא בארוכה למעלה האמנם אמר לגופ' דעובדא זו דהאלמנ' זכתה מכח מתנת השר וכנז' א"כ מאן יורשיה של האלמנה לתבוע וכותה מאת בני הגביר גי' משה מ"ך כל מה שנתנה לה לבמה ולא ממון שבותה וזו אינה צריכה לפנים דמדברי כל הרבנים הצ"ית מתברר להפך מדחייבו לתת הירושה ליורשי המלך הייה ברם כבר כתבתי למעלה דאפי' לדידהו של הרבנים לא אפשר לחייבה להג' גי' משה אם לא דנאמר דלא קפיל לב"ד של שלשה דוקא אלא אף בתרי מינייהו הגי אבל כבר כתבתי דכל לגבי דידי האמת במה שהוא האמת הוא דבההות מני לא קביל הג' גי' משה מ"ך וכהסכמת הרבנים הע"ית אדמת קודש עבריא יע"א וכפסקו של הרב

המובהק **מהר"י**

פינצי

הי"ו

ומהורענא דלא ראיתי לטפל ולהעמיק בדברי הפסקים של הרבנים האיתנים מוסדי ארץ צבי ירוש' ושל הרבנים אדמת קודש עבריא יע"א דבאו בארוכה ואין הפנאי מסכים מפני דיהודה וישראל ידעי עול הצבור אשר מוטל עלינו אשר מטעם זה באתי בקצרה וכשאפנה אפנה ואחזור על לימודי בעזרת ה' נאום

הצעיר

והנה כן ידיע ליהוי דאחר האיתום עלה ע"ד דעת הדיוט לפום ריהטא לפי סגנון השאלה הנו' הבאה ונאיתה מבנות ציון הרבנים הנז' דהשר השולט בדמשק אשר פגע בדם של אותו צדיק גזר אומר ושלח משרתיו מלאכי חבלה דהכל כאשר לכל מכל מה שהיה ממונו של אח המלוכה יבא לאוצר המלך יר"ה כי כן משפט וחק ונימוסי המלכות וכן עשו לעשות רצון הש'ר יר"ה ולא הניחו מקום בחורין ובסדקין לחפש חיפוש מחיפוש בבית ובשדה אפי' במקומות שאין דרך בני אדם להניח שם מידי דאחקרי נכסי כן ואולי שם נמצא ושם היה איזה דבר ואלי דבר דהטמינו בני ביתו של ההרוג את המלוכה מ"ך אלא דהאלמנה אלמנת חיים מ"ך זירזה את עצמה ותקם בעוד לילה והגרים בעוז מתניה וידיה שלחה באבנים טומ'ר כאשר השיגה ידה קודם ששלטו עיניהם של משרתי השר והכל כאשר לכל נתנה ומסרה ביד הג' גי' משה מ"ך כנז' בשאלה וא"כ במילתא כדנא דוגמא לנ"ד נפל מחלוקת בין גדולי הדור הר'פ"מ ודיסרן סמיכין עלוהי ובין מהר"א אלגאזי ז"ל ודעימיה יעויין בה"ב סימן ל"ב דהרב פ"מ ודעימיה הנה הנם בשומלי נפשה של היתומה שלוקחת דכביר מצאה ידה בטענת מה הפסדתיך כו' מקחי וקניתי שקניתי גרם לך איזה הפסד וחסרון משעבודך והלא אם לא היה מקחי היה היה נופל הבית למהלו"ל דהא ע"ש המוכר היה כתוב בפנקס הבאקו' ומה תלעג אלי וכנגדם דרכו קשת'ס קש'ת גבורים מהרא"א ודעימיה לחייב את היתומה שלוקחת הבית כאשר בה בארוכה בתשו' הנו' דהאי טענה דמה הפסדתיך מנן טוייא

וכשאני לעצמי דעת הדיוט בגוונא דנ"ד אף מהרא"א ודעימיה אזלי ומודו דהאי טענה דמה הפסדתיך היא טענה אלימתא ואמתני ולא ראי זה כו' ורב המרחק דאיכא למימ' דטעמא למהרא"א ודעימיה הוא דלא מהניא האי טענה דמה הפסדתיך הוא מטעמא דתקפה מקנתה וקנייתה של היתו' בה שעת' חל עליה על היתומה שבזה הלוקחת חיוב חזרת המוק' לש' למפרע מאחר דלא אתיליד שום הפסד ושום אבוד בשעת המקנה ומש"ה בתר מעיקרא אזלינן ולא דייני' דינא דמה הפסדתיך לא כן בגוונא דנ"ד דמקדם קדמתה קודם ההטמנה והעלמה של אלמנת המלך חיים כבר אתילי' ההפסד ואיבוד ממונו של אח המלוכה מ"ך מעת ההריגה דכך היא המשפט ונימוסי המלכו' ושלא ניתנה דהכל כאשר לכל יבא לאוצר המלך ואין ביד שום בריה לא לבני ביתו ולא לשום אדם מאנשי מלכו' לפשוט יד ולינעול אפי' מהט בעלמא דמורא ופחד על כל בני מלכותו למרות עיני כבוד

המלך

המלך ומשרתיו ומי יבא אחר המלך כאוכן דבריא הזיקא דהממון הנו' של א"ח המלוכה כבר אזל לעמיון ואבוד ממנו ומכל אדם וליכא למשדי נרגא על האי שמיכא דסמיכנא על תשו' הפ"מ דהלא היא מקשה מרבנן דקיפי ארעא קושטא ינ"א, דהאי טעמא דמה הפסדתיך אינו עולה יע"ש, מלכים לפום דינא מתני' דמי שהיה נשוי שתי נשים כו' דמתברר משם לפום פשטא דהאי טעמ' דמה הפסדתיך מגן שוייה וכבר באו הדברים במכתב בשני ספרי דבי רב יעויין לבה' אדמת קדש ח"ב סי' כ"ו שרי לדיק בתשו' סימן כ"ה נהפה בכסף ח"מ סי' יו"ד וי"א וי"ב י"ג שבית י"ט דקל"ד פרי האדמה ח"א דס"ג ע"ב שמחת יהודה סי' ה"ן בית אברהם דיו"ד וזכור לאברהם למהר"א אבינגדור נחי' לכתובות דל"ה ע"א מש"ש סי' קי"ט יע"ש ואין לי פנאי לעיין ולהעמיק ע"ד ז"ל דלדידי הוי לי דרב המרהק ג"ן בנושאים לטעמו ונימוקו של הרב פ"מ ודעימי' הוא דמהר דהשו' בעל המוק' מעיקרא בשעת מסירת המעות המוק' לא הם על העברת הבית בנקופע"ש דשמא ימות המשכיר בלא בנים ומיתה שכיחא וכמו שהיה היה לפי האמת נמצא דהשו' כבר נכנס למקום הס' של הפסד ואיבוד מעותיו דהוה שמא בידיה שלא ליכנס לבית השכן ולא לעשות מעשה למסור ממונו אם לא שהיה מבטיח את עצמו ע"י העברת הבית בחזקה ע"ש והא היה היה גופא דעובדא דכבר דרש והקר השו' מאת המשכיר דיעבירנו על שמו בחזקה והמ"ש לא השיב און לדברי השו' א"כ הוספת מיים כו' דנמצא דאיכא גילוי דעת טפי דעל ש' זה כבר עמדו ביניהם המשכיר והשוכר ולא אהנו מעשיו של השו' אשר מיעט זה דן דינא הרב פ"מ דאלים כחה של היתומה הלוקחת בטענ' הנ"ז דמה הפסדתיך דמקנתי וכי אני הוא הגורם בהעבר' בחזק' אדם הוא שגרמת בעצמך שנכנסת לבית השכן וכנו' האומנת גבי מתני' דמי שהיה נשוי דלא השניא ללוקח האי טענה דמה הפסדתיך משום דאהה השניה לגבי הלוקח בטענה אלימתא בהומרה אליו כי היכי דהשתא על שעבוד כתובתה של הראשו' אמאי לא השתא נמי על שעבוד כתובתי דדילמא פן ואולי המת הראשונה בחיי בעלה ואנא אבא במקומ' לגבות כתובתי וכתיבת הראשונה מגן שוייה וא"כ טענת הלוקח דטעין מה הפסדתיך תגרה בלדה דלא אנים האי טעמא לגרוע כחה של שעבוד השניה הקודמת למקנו של לוקח ׳

וכ"ת הי טעמא דמתני' כדפרישנא זבנייא מנדון הרב פ"מ וא"כ ע"מ וע"מ שמא בידה של הראשונה לטרו' מיד השניה מה שגבתה מיד הלוקח הא טענתה של השניה לגבי הראשונה היא טענה אלימתא באומר לה את הוא דהפסדת את עצמך עפ"י מה שכתבת ללוקח דו"ד כו' ואנא מה גרמתי לך ומה כחך לבא עלי מאחר דמה הפסדתיך

ד"א לא מכרעה כלל דהא הראשונה שמא בידה לבא בטענה על השנייה באומר לה וכי שלקא דעתיך דעל מנן סלקתי שעבוד כתובתי מתני נכסי אם לא בשביל טובת הנאה דעשה עמי הלוקח וה אשר מיעט זה אף אנא דברתי אל לבי אשלם במיעבא נקנית מקנו הלו ולומר לו לך זכי במקנך ולא היתה דעתי להסתלק לגמרי משעבוד כתובתי אף לגבי אחריני דהא גיליתי אמרי בדקדוק לשוני הוך דו"ד אין לי עמך ולמעוטי בא דהא יכנו האת ההכבר דיתגלגל הדבר לגוונא דמאי דקמן ונתבטל השבא וכי לגבי אחריני היתה כוונתי לעשות טובה עם אחרים וא"כ לא מציא השנייה לבא בטענה על הראשונה את הוא דגרמת במכתבך ללוקח דו"ד אין לי כו' וכנ' ומה הפסדתיך כו' לא כן נגדון הפ"מ וזהו אפ' לנ"ד דמפרש הר' פ"מ ודיסרן כמיכין עלוה דקיימי בשיטתו וכפסקו של הר' ז"ל פירושא דמתני' וכמו שכבר ראיתי לרבני אשכנז כלכלת כש' דמפרשי רישא דמתני' הכי עיין עליהם

באופן דבגוונא דנ"ד אפשר דאף בר פלוגתיה של הרב פני משה ז"ל ומודה דאין לך בריא הזיקא גדול מזה דזה משפט ויק ונימוסי המלכות אחר דפוגעין בנפשו של אדם הכה ומיד ידם אוחזת בכל ממונו של הנהרג ולעשות היפוס מהיפוס לבא הכל לאוצר המלך וכמה פיצתים באים משרתי המלך בהרות אפס ומגרשין לכל בני ביתו של ההרוג מן הבית משום כן ואולי יעלימו ויטמינו מנכסי ההרוג וכמו שכן ראינו בעינינו הן בעון ואוי לעינים כו' וכבר ידוע מה שאמרו פ' חלק דנ"ד ע"ב ע"פ כמסק גבים שוקק בו מה גבים הללו מעלין את האדם מטומאה לטהרה אף ממונם של ישראל כיון דנפל ביד או"ה מיד טיהר כו' ואחר היפוס ראה ראיתי להרב כנה"ג ח"מ סימן שס"א כנה"ט אות נ"ה והרב ידיו ש"מ ח"מ סימן ע"ל יעויין בדבריהם וא"כ מאחר דאין לך נפילה גדו' מזו דהאי מתמשפט ודת נימוסי כוז דפדתין יתנבל וביתיה נולי יתשוה א"כ טענה הלוו דמה הפסדתיך היא טענה אלימתא וכאמור וראיתי למהר"ש סימן שס"ג סי"וד דפסק בפשיטות פסקו של המרדכי דפ' כיכד הרגל על האונן שברח מן העיר ולקח השר ביתו והשאילה לשמעון ודר בה שמעון דאינו חייב דמי שכירות בית לבעליו דמה הפסידו שמעון דאם השר לא היה משאילו לש' היה משאילו או משכירו לגוי עכ"ל הנה אסברא לן המרדכי דהגם דאין השר לקח הבית ממש דהארץ לעולם עומדת אלא דמאחר דהוא השר השולט בארץ ושמא בידיה להשכירו לגוי נמצא דבריא היזקא לבעליו אשר מהאי טעמא דיינינן דהדר בבית שעיר ועשי' מדמי שכירות הבית מהאי טעמא גופא דמה הפסדתיך והשתא ומה התם דהרשות של השר להשכירו לאחרי' הוא שום כדת ואף גם זאת מיעט דפן ואולי היה משאילו ומשכירו לגוי פטרינן ליה דמה הפסדתיך כ"ש וק"ו בגוונא דנ"ל דהדת נתונה מחוקי ונימוסי המלכות דכל ממון הנהרג ע"פ המלכות יבא לאוצר המלך ובריא היזקא כמעשים בכל יום ולפום ריהטא לא מצינו חולק על האי פסקו של המרדכי ומהר"ש מוליד בח"מ סי' ו' שהביא דברי המרדכי הללו לפסק הלכה ותמצין דוגמתו ראיתי בתשו' מוהר"ש כותבים

במרדכי

במרדכי ד״פ הי׳ שע״א על ר׳ שהיה לו משכון ביד גוי שליוס ממנו ובקש ש׳ מר׳ שיתן לו רשות ללוות על אותו משכון וכן עשה כו׳ ונשרף ביתו של הגוי והמשכון כו׳ והשיב נ״ל דפטור ש׳ דהא בלאו הכי היה המשכון ביד הגוי בשביל ר׳ והיה נשרף ואין ר׳ יכול לטעון הא קא משהרשת דנפרעת מהוגך ע״י משכוני כי למה יתן לו בשביל דפקע שעבודיה דגוי ומאי איכא ליה לר׳ אלא ש׳ עכ״ד הנה שמעי׳ מפסקו של מהר״ם דכל היכא דברי הזיקא דהממון הוה אזיל לאיבוד עכ״פ ולא היה ר׳ נהנה ממנו דהא הפסדו ברור אלא דש׳ חבירו נהנה ממנו דינא הוא דלא מצי ר׳ דהוא ניהו בעל הממון לתבוע ממנו הא קא ברווחת ממוני והן לי מה שנהנית דהא מצי ש׳ נבא עליו בטענה דמה הפסדתיך דהא בלא״ה זכותא קא אזיל לאיבוד

ולכאורה קשיא שיעתיה לההי דינא של המרדכי הנז׳ והנם דהר׳ מה״א הל׳ גזילה סי׳ י״ג כתב ע״ד המרדכי דהכהוש ז״ל לכאורה חולקים על ההי דינא של המרדכי יע״ש מ״מ הרואה יר׳ דבגונא דנ״ד מודה ובא הרב ז״ל מאחר דכך הוא דאפ ונימוסם לשלוח בהם יד ולשלול ולבוז כל נכסי הנהרג ובריא הזיקא והייך ספיר ההי טענה דמה הפסדתיך וכאמור ונר׳ דמה שלא הביא הר׳ מנ״א ההי תשו׳ מהר״ם ז״ל משום דממילא דכב וא״ת בלתי שום מעשה בא לו ההנאה לש׳ לא כן ההיא דהמרדכי דפ׳ כיצד הרגל והגם דלא הביא הר׳ מה״א תשו׳ הרדב״ז והשכים עמו ה״ה מהרימ״ט בח״מ סימן ל״ה יע״ש התם שאני דאין כאן היכך הלת בדיניהם דכדין לקח הגוי הבית מיד הלוה

וכ״ת הא הכשר לנדד ולומר דאינכל כדראיה ממקומות הללו לנ״ד דהתם כבר חלו בה ידי הגוים ממש וכמו ההיא דפ׳ חלק דאמרו אף ממונם של ישראל כיון דנפל ביד האומות כו׳ וכן הוא ההיא דמרדכי דפ׳ כיצד הרגל דכבר שלט השר בבית והשליטו לר׳ על הבית דידור בה וכן ההיא דהרדב״ז דכבר קנאו הגוי הבית וחלה רשו׳ הגוי עליו וכן ההיא דתשו׳ מהר״ם דכבר נשרף המשכון מאליו בלתי מעשה של ישראל לא כן בנדון דנ״ד דלא חלו בהני נכסי ידיהם של השר ולא שלטו עיניהם על ההי ממונ׳ ואיכא למי׳ דכל כמה דלא חלו בה ידי השר כל היכא דאיתיה ברשו׳ דמאריה דהיינו יורשיו של אח המלוכ׳ איתי׳ וכן מתשו׳ הפ״מ איראיה דהתם שאני דבשעת המקח ברשותיה דמוכר איתיה וכדין ירד הלוקח אלא דמשעה שירפה אזיין עליה וכיון שכן איכא למימר דמצי טעין הלוקח אנא כדין לקחתי ולא אתיליד שום ריעות׳ בשעת המקח באותה שעה אלא דבהמשך הזמן אתיליד הך ריעותא אחר משעה זה איכא למימר דלן דינא הר׳ פ״מ דזכה היתומ׳ נ״הה מהאי טעמא דמה הפסדתיך מאחר דתביעת׳ לא חלה אלא עתה אחר הריעותא דאתיליד ברשות בנ״ונא דנ״ד דבשעת ההטמנה והעלמה דלקחה האלמנה הני נכסי הכל היה ברשו׳ היורשין דעדיין לא חלה זכות המלכות לפי טעם זה דקיימינן ועל אותה שעה אנו באין לדון לזכות להגי׳ משה מ״ך

מטעמא דמה הפסדתיך וכפסקו של הר׳ פני משה איכא למימר דיד הדוחה לדחות וכאמור .

האמנם אף אם נאמר דיד הדוח׳ לדחות וכאמור מ״מ האמת במה שהוא אמת הוא דהשתא והכל נוטה דאיכא בריא הזיקא גדול מיה מאחר דיה דרכם ואורחייהו של שלוחי הפאשא״ה והמלכות לחפש בחדרין ובכל המקומות תחנת דאין דרך לשמור שם פן ואולי ישימנו שם איזה ממון וכמו שראינו בעינינו כמה ולמה פעמים וכיון שכן בלתי ספק דלא היה אפשר לזכות איזה דבר או חצי דבר בחזרת ירושה בנכסי אח המלוכה מ״ך דהכל כאשר לכל לעמיון ולאוצר המלך יבא .

ועלה ע״ל להביא כדמות ראיה לההי דינא דכתיבנא ממ״ש הרב בצלאל ז״ל בא״ג פ׳ אלו מציאות דכ״ד ע״א על מימר דר״ש בן אלעזר דאמר המציל מן הארי כו׳ ומזוטו כו׳ הרי אלו שלו מפני דהבעלים מתיאשים מהם וכתב שם משם שיט׳ ז״ל א״נ דהציל קודם בואם בסמוך והבעלים רואים ואינן מרדפין כו׳ דכיון דבריא היזק׳ מהשתא שעת׳ מיאש אבל מדאורייתא לא שריא אלא לאחר שנשקע ונשלל עכ״ד ומשמע דכונתו ז״ל הוא מדאוריי׳ בעינן שישטוף הים הדבר ממש כדי שיהא מותר מ״מ דלא הוי אבודה ממנו ומכל אדם אבל היכא דאין הים שטף הדבר ממש אלא דברור הדבר שישטו׳ הים מ״מ מאחר דעדיין לא בא שבולת מים עליו לא שריא אלא מדרבנן דמשתמא הבעלים מתיאשים דהא רואין ואינן מרדפין שמעינן מדברי הרב בעל שיטה ז״ל דהיכא דבריא היזקא וכגוונא דנ״ד דחק ונימוסי המלכות הכי הוי דבאין ושוטפים מנכסי הנהרג כל מה שיש לו בבית ובשדה ע״י חיפוש מחיפוש ואימת המלכות ע״כ בני מלכותו אחד איש ואחד אשה לשלוח יד בממון הנהרג ומי יערב לבו לגשת לגזול אפי׳ ש״פ דאחת דתו להמית א״כ אבודה ממנו ומכל אדם קרי׳ ביה ומדאוריי׳ שריא למי שקדים דהא נעקר שהבעלים ממנו נאותו ממון ולא דמי למ״ש התוס׳ והראשוני׳ ר״פ כיצד הרגל דאם אחד זרק חץ או אבן על הכלי וקדם אחר ושבר הכלי דהזורק פטור והמשבר חייב ורימו דבריהם הש״ך ח״מ סי׳ שפ״ו ס״ק כ״א כמובן

אסופא דדינא בהא סלקינן ובהא נחתינן דכל לגבי דידי לעת הדיו׳ בני הגבי׳ ג׳ משה מ״ך פטירי ועטירי מתביעתם של יורשי א״ח המלוכה מ״ך והגם דהרבנים המו׳ ועילא מנהון הרב הגדול ר״ל נטו דעתם הרחבה לחייב את בני הג׳ ג׳ משה מ״ך ולהוציא מידם כל מה שמסרה האלמנת המלך חיים מכח האומדנא וגם מכח הקבל׳ שקבל הג׳ ג׳ משה מ״ך כמו שמפורש בארוכה בקונ׳ יע״ש מ״מ כל לגבי דידי המעיין יראה בהני ספרי דבי רב דלא נפלט ממחלוקת ואין כח ביד הדיין להוציא מיד המוחזק וגם מטעם הקבלה כבר כתבתי למעלה כל הצורך וכל זה לפי שיטתם ושבירתם של הרבנים המו׳ האיתנים מוסדי ארץ לבי האמנם בל

לגבי

לגבי לידי ומיעוט שכלי לא נסתיינו בס' הלימוד והאמור כה דברי הרואה כה קושטא יעי"א שנת
אשר אני ר"א"ה א"ת' מרדכי הצעיר

אליעזר די
טולידו ס"ט

אזה יען ראה ראיתי לרבינו הגדול הרב המחבר ז"ל שרמז בתוך דבריו שעל דנא כהנס של ויכוח של השי' פ'רחי הי"ו נשא ונתן בהל' הש"הש הד"ומו כמהר"ר יוסף אלפאנדארי הי"ו ושעלה דבעירי ועה... בני הגי' גי' מטה מ"ך הנה שאלתי מאת רב הו"ד יוסף הנו' שיתן לי פסקו הנז"ל לצרוהו הניף לדברי הר' המחבר והזה כמנח לקראתי כמולה הלל רב כי מה טוב ומה נעים שיהיו דבריו בשלחן רמלך מרן מולכא הר' המחבר והיו דבריו גם כן כי לא פוטה עינו בדברי הרב המחבר ובהורתו הנז"ל כי זוכי סיבה אפשר שבאיוה ענין הכתוב בקונטריסו כבר קדמו הרב המחבר ז"ל וצל הכל הוא שם ובמה כי סמך מר רבו את ידיו עליו .

וזה נוסח קונטריסו דסובב הולך על עיקר השאלה הנז"ל כדברי הרב המחבר ז"ל הצעיר וצעיר האיש מרדכי

זאת תורת הרב ועלום הדיין המצויין רב הו"ד יוסף אלפאנדארי סיני ועוקר הרים נר"ו יצ"א כי"ר

סימן ח

תשובה אנכי איש צעיר הבא ע"שם הגדתי היום איך כן בא אלי רהמתין עזיזא רא"ש רהמתי'ס גברא רבה דאתי ממערבא מני"ר הכס ביטוו וקצלומות כמהר"ר יעקב הלוי נר"ו מרגניתא טבא . והראני את כל בית נכותו כל כתבי הקדש שנכתבו על השאלה הנו"ל אמירה נעימה כתיב' . מאת הרבנים המובהקים אדירי' כברקים גאוני עולם האיתנים מוסדי ארץ א"י מקודשת מלכים מליינים זה עם זה במקלוע גדול בדיני ממו' דינא זוטא ודינא רבה . מערכה מול מערכה לדגל המלאכה הללו רבני ע"הק ירוש' תוב"ב דדהבא . וראשם הגדול מלך בירושלים רבי"ן תוכו רצוף אהבה . ה"ר הג'ן הג"הר אשר המלך חפץ ביקרו זיכה לו הד'רים המניכ' דדהבא . ואמרי לה סימנ'א עדי'ו בהיהזמי'ו בעדי' עדי'ם לגזל מרבבה . כולם כתהו להובה לגבי הג' גי' מרדכי הבא בשאלה וכל בעיקר כמיכתם וטעמם הלא היא כתובה . בעט ברזל בפסק ארוך אשר סידר הר' כמו' מאיר כברק כמהר"ם הון נר"ו פרי צדיק זרע מלזכי' מ.הב שבא הנה ארם'ו אר'ם צ'ו מעוטרה ארוכ' מארץ מידה זרהב' . וכנגדם הרבנים האדירים רבני ע"הק טבריא בי דינא בתר בי דינא ומלכם בראשם ה"ה מעוז ומגדל רב הג'א ורב הגיבא . פותחין לזכות גי' מרדכי נז' והוכיחו בניסור כי כל דברי הר' כמהר"ם הון נר"ו אין להם ישיבה . כי הוא שוקל בפלס הרים הגבוהים וניבא ולא ידע מה ניבא . והם האריכו למעניהם ע"כ דברי הר' כמהר"ם הון נר"ו ע"כ קוץ וקוץ תילי תילים של הלכות גדולה חבוב' . ועל אהרן אילן שפרשיו מרובין ה"ה כמהר"י פ'ינלי נר"ו שהטע וכתב לזכות ג' מרדכי נו' באר"ש ערב'ה י הארץ האירה מכבודו קו'ל שהוא עיקר להגי' מרדכי נו' חומה נשגבה . וע"כ אילין דהוו את זו דרש ממני הרב כמהר"י הלוי הנו"ל אשנה פרק זה ואלקט' נא בו מר"כ אחרי הקונטרי"ס דברי הכמים והידוחסהנו'ל למען ירוץ הקורא בו ולא יהיה עליו כמשא ככל דכתיב ליה כתב'ו . ובפרט בהיות האופן שדעתי הקלר'ה תליאה אשכח טבא חדא פלפלא אעלהו על שלחן מלכים וכי היכי דלמטי לי מכורא סיבא . וקושטא קאי כי אנא נפשאי סירבתי הרב שלא להניח ידי במילתא כדנא דתליא באשלי רברבי כי זחלתי ואירא כי ערום אנכי דמתא יחרפוני בהבל הפעיים כי כל דבריהם כגחלי אש להבה . וכל דברי יוסף הלא חטיבין היינו שכוה'כיינו עוזבה . מאפס והוהו נחשבו כקש לפני רוח קש וגנבה . בעילי במיעוט ולא יועילו ולא יצליחו להיכו עליה במערבא . אבל מגו'הפלרת כמהר"י הלוי הנז"ל יושב בשבת תחכמוני אשר בדברו מערי'ב ערבי' בתר ערב'א יצא ליטע ולזכות לגי' מרדכי הנז"ל ייפר חילי' אמרין לפעלא טבא . היא סמכתני לצאת ממחילתי ואהי ביאה זהי שיבה ואני תפילי' אל אלהים יעזור לי ותפילתי על חכ'י אימא מילתא דתתקבל לא אבוש בעוה"ז ולא אכלם בעולם הבא וכגון דא למודע"י אני צריך מכאן מודעא רבה . כי כל הכתוב להלן מכתב ידי מה שאיני כדאי נגד הרבנים הקדושים הנז"ל כי לא עמד קנה במקומו אגב שיטפא וזגב ריהטאי אשר לא טובה . לבעי' ולינוי כעפרא דארעא כי עד בהק נאמן מכיר אני את מקומי דקאי אבבא . ובכן בהתהטא יצאתי ממחילתי לבא בשורת דרך אר'ם וזה החלי בב"ד ·

ראיתי והנה מנורת זהב כולה . אשר הרטע וכתב תפארת הכמים יסוד המעלה נושא מפרקרע תלכ'ורופיל' . תו' דילי' ברא מאירת עינים נתמלא' הבית כלו אור' והרא אותו כי טוב טוב' כפול' . מני"ר הרב המו' כמהר"ר משה חזן נר"ו אייתי מתניתא בידי' מגי' עכש יולא' בבינונ'כהתן יכהן פאר וככל' . אסברא בדדמי ואגמרה בסימני רק כלבי וכאשרי יתגשא להייב לגי' מרדכי הנז"ל בראוני'ת תקן קולה . וכשאני לעצמי לא כן אנכי עמדי כי ע"כ דבריו מרישיה לסיפיה מקו'ים בראש להשיב תשובו'נכוחות כאשר ירא הרואה כי שמעתי' דוהא ממילא זכבר כתוב בארוכה בפסקי הגאונים רבני עה"ק טבריא העיי"א ועל אהרן הר' אביר יעקב פ'ינלי נר"ו ע"כ קוץ וקוץ גופי הלכות כיצלר הקונות דבויות מאוטבות חכמת אלהים בקרבם ונאל נעלה . מה נמלצו להכי דברי הכמים מבהר עלמים ללבי גלי'תי כדגלו הינשי גילה אחר גילה . ולא הניחו לי מקום להתגדר בו כי כל דבריהם כגחלי אש ולא הניחו פינה וזוית כל מקום בנתנו הכמים עיניהם ואפי' במסכת כלה . האמנה משום

כפנרת

הפלגת הרב הנז"ל אתנהלה לעיני ואם דל הוא ואין ידו משגת אולי יהנהו' ומלא כדי גאולתו פלפלת כל שהוא והש לתי'הו עול'ה

והנה הרב הפוסק כמהר"ש חזן נר"ו תחילת דיבר בפסקו הנ"ל כת'וז"ל הנה אל ה' ויאר לנו כי שאלה דנא היא נחלקת לה'סעיפי' וילא הא' במה שנתחייב גי' מרדכי וגי' שמואל בב"ח כהחו"ל להתדיין לפני עט"ר מ"מ נר"ו הוא ונית דינו וג"כ נשתעבד בהוחם הא'גי' מרדכי הנז' לבא פעה"ק בכל עת וזמן שיגזור עליו עט"ר מ"מ נר"ו ועי"ז רנה לבאר והטיל תנאי דהיינו לוקא על מ' יום ולא יותר ואם יתעכב הוחם הב' מלהביא הבירורים אוי השוחם הא' פטיר ועטיר א"כ יש להסתפק עכשיו כי נתבטל התנאי ולא בא תוך מ'יום מי אמרינן דנתבטל השבועה לגמרי והותר הנדר או דיימ'הא' להודיה קאי ואתי להודיה קאי וכ"ש דאין עיקר הדבר תלוי בתנאי ועו' דאין שבוע'על הדבר השני כלל

הסעיף השני בענין השבועה ואת שנשבע שלא לבטל הרשאת מהר"ש. אנג'יל נר"ו הקן המלך נר"ו אם מנגדת להשבועה. הראשונה בנשבע להתדיין לפני עט"ר מ"מ נר"ו כו'

הסעיף השלישי אם יוכל החובע גי' שמואל הי"י לומר שאינו רוצה לדון בדייני' מינייהו עי"ת דמסק יע"א אם יש יכולת בידו לומר כן בנ"הז או לא כו'

הסעיף הרביעי אי בנ"ל חיישינן שמא פרע גי' משה מ"ך את כל התביעות וטענות הבאי' בשאלה או אתפסיה צררי וכיוצא או לא ואת"ל דלא חיישינן אי טענינן כן ליורשים או לא ואת"ל דלא טענינן אם יכולין להורידו לגי' שמואל החובע הנז' לנכסי גי' משה נ"ע הנז' המבוררים לו שלא בפני יורשיו או לא •

הסעיף החמישי הנסתפקנו אשיש כח בידינו לעמו' על אומדן הדעת ולברר וללבן הסך הזה ולאת קצבה לפי האומדנא אחר שהוא דבר מבורר שנכנס בידו סך עצום ואם יושיענו עדו' הרב האב"ד הנז' והוא בא' שמציל בגודלו ומסייע על האומדנא ואי מהימנינן ליורשים שטענתם בשבוע' שלא ירשו מאחר כי הוחזק בעיר שירשו סך עצום וגם הורו דרכיהם מקולקלים בחיי אביהם ושלא לשמוע בקול מוריה עכת"ד הרב הפוסק נר"ו

והנה בענין הסעיף הראשון והב' דהיינו לגבי השבוע' דעכשיו שנתבטל התנאי שלא בא תוך מ'יום מי אמרינן דנתבטל לגמרי והותר הנדר או דילמא הא' להודיה קאי כו' הנה לזה לא הוכרחתי ליגע וליתן שכבר הרב הגדול רבי'ן חסידא אג"ן הלע'ר נר"ו מעיד בגורלו בכ"י הקדש אשר שלח לרבני טבריא יע"א שלא מטעם השבועה הוא בא להיבו כי אם מטעם הבפ"ד שיש בידו החומה ניתנה משני מע' הדיינים שנתקבלו לדון עליהם ועי"ז הוא מה שדן אהדדין לחייבו שיפה דנו ויפה חייבו הדיינים בפסק הנז'. אלו דבריו וכשאני לעצמי לא אכחד כי עדיין לא יגבה מזור ואין כח ביד הר' אג"ן נר"ו לדונו להגי' מרדכי הנז' בע"כ מטעם הקבלה שקבלו לדיין ע"ז בקנמ"ך והשבועה המורה דהרוא'לשון כתב הקבל' הנז"ל יר' בעיניו שעיקר מה שנתקשם'להתדיין לפניו הוא על ענין הברורי'שיביא גי' שמואל הנז' ולא על עיקר הפסק דין שיש ביד גי' שמואל הנז' דהרי בלא"ה כבר ראה והביע דחייבו אותו השני הדיינים באומדן הדעת ולזה הוא דהיטב חרה לו כמ"ש באורך בשאלה הנז"ל והוא לא בא לדון על הפסק דין אם הוא עשוי כדין או לא כדי שיהיה הר' אג"ן נר"ו מכריע ביניהם כי אם שילא לדון בדבר חדש וטענה חזקה שלא ירש מנכסי אביו כלוה כי כבר הרע לב"ח של אביו כפלים ממה שהשאיר אחריו וכנגדו טוען גי' שמואל הנז' שיש לו ראיות וברורי' שירש מאביו סך עצום ורב ועי"ז הוא מה שקבל עליו גי' מרדכי הנז' שאחר שיביא גי' שמואל הראיות והבירורים ויליעו הדברים לפני הרב אג"ן נר"ו הנה בחכמתו הרמה יחקור חקירת חכם אם יש ממש בבירורים האלו או לא ומתוך דברי השאלה מוכח לגופא דעובדא הוה דגי' שמואל הנז'היה ידו אוחז' בעל'ב להגי' מרדכי הנז' בעה"ק ירוש' על הבאת הבירורים הנז' וכנגדו הגי' מרדכי היה מסרב בלבו כי הוא מוכרח במעסיו לחזור לעירו ולזה עשו פשר דבר ונתנו זמן מוגבל שבהיותו מביא הברורים על מ' יום אזי חייב גי' מרדכי לבא מעירו ולעלות לירוש' להתדיין לפני הרב אג"ן הלע"ר נר"ו ובתוספה מתוך כתב הקבלה הנז"ל שכ' בפתח דבריו וראשית אמריו בלשון הזה בהיות שיש לי טענות ודברים אני בהותם השני עם אביו של גי'מרדכי בהותם הראשון וכדי לברר הענינים יצריך הזמן ולכן לא יכול להמתין הג' גי' מרדכי פה עה"ק ירוש' תובב"א הנה כי כן אנחנו בהתומים מטה מתחייבי'בחיוב גמו' ושלם כו' ע"כ

הרי לעיקר מה שקבלו לדיין הגי' מרדכי הנז'היה על ענין הבירורים והזמן המוגבל היה לענין זה ודאודאי אחת היא דאם איתא דעיקר קבלתם היה לעיקר הדין אם הפס"ד שיש ביד גי' שמואל הנז' עשוי לפו"ל או לא הנה לא היה צריך אריכות זמן כלל ולא היה צריך הגי' מרדכי הנז' להתעכב בירוש' זמן ומנם דהא אם יום או יומים יעמוד יבא לפרק נגמר הדין אלא ודאי דהכל סובב הולך אל מקום אחד כי עיקר קבלתו וקשר השבוע'היתה לדון אחר הבאת הבירורים שיביא גי' שמואל וכיון שלא הביאן בזמנו א"כ אזדא ליה קשר הקבל' הנז"ל והרי גי' מרדכי רשאי להקריב את משפטו לפני ב"ד אחר כרצונו והנה שכתב הקבלה הנז"ל היה בש"ח הנה לעד"ן דרשאי גי' מרדכי הנז' לברר דבריו ולומר לזה נתכוונתי בכתב ידי זה שהקבלה תהיה אחר הבאת הבירורים ונאמן לומר כן נשבעתי וע"ד כן נתכוונתי בניגו דאי בעי אמר התמתי ולא נשבע' או

או שפרעתני משבועה שאזי נאמן וכמ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' הביאה מרן ביו"ד סי' רכ"ח ובח"מ סימן ל"ד מרו' ל"ד שבדברים שבינו לבין קונו אדם נאמן על עצמו שפטרו משבועה אף שהדבר נוגע לחברו ועיין בדברי הרב המאסף שם הנה כי כן אף בסיום הוה נבוא מפרש דבריו נאמן במיגו וכן ראיתי להתשב"ץ ח"ב סי' קמ"א דהאריך שם וחידש לן הר' ז"ל דאפי' להכחיש את העדים אדם נאמן על עצמו יותר ממאה איש לומר להם שפטרו מן השבו' ויליף לה הרב מסוג' דכריתות וכיוצא בדבריו כת' הרמב"ן בחי' למציאה הובא בהר' בצלאל שם לד"ג ע"ב ואף מדברי הרמב"ן יראה דהיינו בנשבע לדעת עצמו לא בנשבע ע"ד אחרים והר' מהרי"בל בח"א הביא הסוג' דכריתות וירד לחלק בין קרבן לשבוע' יעויין בסי' ל"ב הנה מדברי התשב"ץ הנז' מוכח שאף בדברים הנוגעים לחברו נאמן וא"כ הא ודאי דיש לגי' מרדכי אילן גדול לסמוך עליו וכאמור

ועפי האמור הוראה יוצאת למה שנולד הספק להרבנים הנ"ל בהבנת הכת"י המקבלה הראשונה אשר קבל לשלשה הרבנים הר' אביר יעקב והר' מהר"א אשכנזי והר' מהר"ח מ"ט אי הוי כפי מה שידונו אותם השלשה דוקא ולא סגי בתרי מיגו תלתא כי לדעות נהאו על שיסכימו כלם או אפי' ברוב' מינייהו סגי ולזה כ"א מהרבנים האריכו למעניתם גופי הלכות בהא דליכא יתירה לטפויי וכן כיון שלא הוכירם בלשון ב"ד כו'

אמנם ע"פ האמור הא ודאי דרשאי גי' מרדכי לטעון דביה רשאי מ"א גי' משה נ"ע לבאר כוונת שבועתו שלא קבל עליו כ"א אם יביא כנגדו פס"ד מהסכמת כלם והתימת שלשת' ולא סגי בתרי מינייהו ומכ"ש מיגו דפרעתני וכאמו' ועוד כיון דלדברי הדיין השלישי מה שלא החם הוא מפני דלא ברירא ליה עדין א"כ אף אם קבל עליו תרי מיגו תלתא ולא נהית לדעות כ"א שעכ"ח ב"ד הנה כיון דאמר הדיין השליסי איני יודע היה ראוי שיוסיפו הדיינים וכגם שלדברי הדיינים החתומים הטעם דלא התם היה מפני היראה הנה כבר הכו על קדקוד כברה זו דבני ע"הק טבריא העי"א ועוד דהם נוגעים בעדות וכמו שהאריכו הרבנים הנז"ל נכתב ידם הקדם יעש"ב ועי' למהרא"ש סי' ע"ה

ועפ האמור שרשאי גי' מרדכי הנז' לבאר כוונת שבועתו שלא קבל עליו כ"א אם יביא הראיות לבד עד מ' יום א"כ מעתה מה שמינ' מורשה אה"כ לרהן המלך הייס נר"ו לא הוי עובר על שבועתו כיון שכבר נפטר משבו' הראשונה ע"פ התנאי הנז"ל ומ"מ אין צריך להטריח עצמנו ולישא וליתן בשל' בשעי' השני שכת' הר' הפוסק נר"ו וגם לגבי השעי' השג' לא אכנים ראשי במה שהעלה ארוכ' הר' הפוסק וגזר אומר שרבני דמשק יע"א הם פרוזים מערכם מרבני ירוש' כי במילתא כדנא לעי"ר הנכי לימים ואין פלס וכף מאזנים וכבר כתב ע"ז הר' הגדו' מהר"י פינצי נר"ו ז"ל ועמ"ש גי' מרדכי לדון בדייני דמשק הרב הפוסק בדברים הבילי וחבילי ותגריה לג.יויה שלבשו' כתב דמעלת הר' הג"ן

נר"ו יהיה הוא המכריע ועל פיו יקום דבר ומאחר דכן למה לא ידונו אותו דייני דמשק וכבר השיבו המשיב בטוב טעם ואדרבה גי' מואל הנז' הוא נודה לדון לפני רבני דמשק כי הוא העיר הקרובה אל ההלל ויודעין המיאוחן של דברים כו' יעש"ב

ואבא היום אל השעיה הרביעי שכתב הרב הפוסק נר"ו דיש להסתפק בנ"ד אי חיישי' שמא פרע גי' משה כל התו"ט או השפים לדרי ואת"ל דלא חיישינן אי טענינן כן ליורשים ואת"ל דלא טענינן אי יכולין ב"ד להוריד להתובע לנכסי גי' משה נ"ע שלא בפני יורשיו או לא הנה לזה העמיק הרחיב הר' הפוסק והביא הביא פלוגתא שהביא מרן הב"י סי' ט"ל אי נאמן הנתבע לגבי פסק דין לומר פרעתי ומרן בשולחנו שם סיו"ל פסק דלא מלי לטעון פרעתי ועוד כתב היאוקי דיני' אפי' להאולקי' דמלי לטעון פרעתי דאם הוא פסק של בני דיינים אינו יכול וכסברת הב"י"ב הנב"י אות מ"ה וכן אם יש שטר בירורין עשוי בקנמ"ך וש"ח לא מלי לטעון פרעתי וכסברת מהרלנ"ח בסימן ק"ט ועל זה שדי ביה נרגא דכת"י בחתום משניהם לא הוי כשטר בירורין דלא יהא אלא כתב יד ויכול לטעון פרעתי האמנם כל לגבי נ"ד שכבר קבלו הוראות מרן אינו יכול לטעון פרעתי וע"ז עלה ונסתפק דהיינו דוקא לגבי דידיה אבל לא לגבי היורש והדר פשי' ליה דאף לגבי היורש אינו יכול לטעון פרעתי דאין טוענין ליורש אלא מאי דהוה מלי אבוהון לטעון וכמ"ש הרב נה"ב דל"ו ע"ג וכאן אינו יכול לטעון ושוב כ' דכד דייקת שפיר בנ"ד אליבא דכ"ע אינו יכול לטעון פרעתי לא האב ולא בנו מכמה טעמי חדא דאעיק"א חוב זה מעולם לא נתברר שיעור הסך שנתחייב ליתן ובאופן כזה לא עביד איניש דפרע ולימד חילוק זה מתשו' מהרא"נח ח"ב סימן ג' הביאה הר' כנה"ג סימן ע' הגה"ט אות ו' שכתב קנה המולקי מגוי שחברו ישראל מחזיק בו ומכח השהכמות אם המחזיק אינו רוצה לקנות המולקי צריך הלוקח לפרוע להמחזיק שווי החזקה אינו נאמן לומר פרעתי כיון שדמי שווי החזקה אינן קצובין ולא חיוב ברור אלא עד יעמדו למשפט לפני ממוני הזקו' וכ' הכנה"ג על זה אבל בתשו' מוהרא"ד"ב כתב דנאמן לומר פרעתי ומהרא"ש מסתפק בזה ואף לדברי מהרא"נח יש להסתפק אי לגבי היורשין טענינן להו שמא לאביהם ופרע וזאת ב' כתב הר' הפוסק נר"ו דמאחר שהיו הרבנים האב ובנו ולא לייתי לדינא אינן יכולים לטעון פרעתי ועל השלשה לו' בא דכיון דהתובעי' היו קובלים על הר' מרדכי נז' ומ"א הר' משה ולא היו רוצים לפרוע א"כ אם איתא דאח"ך פרע קלא ה"ל למילתא וה"ל כמו מילתא דלא שכיח כו' ואומדנא גדולה דלא פרע

והנה שלשה חילוקים הללו למדם הר' הפוסק מתשו' הר' מהרימ"ע ח"א סי' קי"ב באופ' זדהיינו הן קדם הביא תשו' מהרא"נח הנז' ושוב מקשי אקהיתא ע"ד מרן החבי"ב שהביא חולק לתשו' מוהרא"ל"ב ושוב הביא תשו' הרדב"ז בישנות

סימן

סי' ע' הביא מחב"ב סי' ע"ה הגה"ט אות י"ב דמוכח מינה דלהלכה ליכא ברירא ליה לא פרע וע"כ אלין דהוו הביא תשו' מהרימ"ט הנז' מרישיה לסיפיה באורך וברוחב ולבסוף כתב וז"ל הנה הבאתי כל דברי מהרימ"ט כי מימיו מן המקדש יוצאין ומשם יפרד והיה לשלשה חילוקים זה יצא ראשונה דהיכ' דהדו' אינו ידוע וברור אינו עשוי לפרוע אלא עד שיאמרו ב"ד והיא משנה ערוכה בחזקת שלא נתן כמו שפרש"י דבדבר שאינו גלוי לכל אינו עשוי ליתן עד שיחייבוהו ב"ד ובחילוק זה החזיק במעוזו הר' פ"מ סי' נ"ג בדין מפרנס את היתום והר' מ"מ סי' א' דכ"ה ע"ב וכן הר' נה"ב דכ"ו ובסוף דבריו כת' דהיוצא לנו מכל האמור הוא חילוק מבואר בין היכא שהדו' מבורר הודאי רמי עליה אלא דצריך בומא דאו הוא מחלוקת מהרא"נ"ח ומהרא"ל"ב דלמר יכול לטעון פרעתי ולמר אינו יכול לטעון פרעתי וא"כ הו' יוצאת לנ"ד דיכול לטעון פרעתי והוב כת' דבנ"ד לא אפרק מרולשא מכמה טעמי חדא שדברי מהרא"נ"ח הם עיקר בהוא גדול בדורו ועוד ממ"ש הרב דרכי נועם דרנ"ה ע"א דנראות האופן שתכה בניסבה הכת"י הלך לארץ מרחקים א"כ אם יאמר פרעתי יאמרו לו ע"י מי שלחת הממון כו' ואם אינו מברר ידים מוכיחות דמשקר והגם שהר' די"נ בדרמ"נ כתב דקשה להוציא ממון באומדנות כו' ה"ד בכה"י מבום דיכול לטעון פרעתי. לא כן בנ"ד דשוא מעב"ל דהעיקר בידינו דאינו יכול לטעון פרעתי הא ודאי דע"י אומדנא כזו מוציאין כ"ש בגוונא דמעב"ל דנ"ד דדמי למעב"ד הנז' במרן סי' ע' סו' דאותו מעב"ל עדיף מפס"ד וכמ"ש הסמ"ע שם ומעב"ד דנ"ד דמי ליה וכמו שיראה הרואה וכ"ז הוא להיבו אפי' שלא מפאת השומא דכיון דהיה מסרב לב"ד אינו יכול לטעון פרעתי וכמו שפסק מרן בסי' קנ"ד ס"ח גבי שולאות הכותל דאם הביא עדים שהעמידו לפני ב"ד וציווהו ב"ד שיסייעהו וסירב מלעשו' כווי ב"ד אינו יכול לטעון פרעתי והגם דמרן בסי' ע"ט סי"ד הוסיף וכתב דילא מב"ד בהרבנות שמחזהו ובכוונת מרן איכא פלוגתא דלדעת הסמ"ע והמורה לדק תיבת שמחוהו הוא בדוקא ולדעת שאר גדולי אחרוני' לאו בדוקא וכת' הר' בירך משה גאלאנטי דנ"ב ע"ג דמאי המוחזק לומר קים לי כהסמ"ע ומורה לדק כו' מ"מ היינו דוקא אם באנו להוציא ממון באופ"ז לבד ולא יש אומדנות הילוניות לא כן בנ"ד דיש אומדנות הילו' מאחר דסירב לעיני השמש והיה דאוי לשמת' ה"ו אלא דלא שמתוהו מכני ביראה הא ודאי דחשיב כשמתוהו והביא ראיה לזה החילוק השני מכת' הר' מוהרימ"ט לנ"ד דאור שהיה מסרב מלפרוע לא הייבינן אנן לפרעון כו' ועוד נה דאחר שלקחו מידם שטר פיטורין ולא אסיקו אדעתייהו שהיה מודעא ודאי לא הייבינן לפרעון וכמ"ש הר' מהרימ"ט ז"ל בתי' הנ' ועפ"י החילוקים הללו דן את הדין הרב הפוסק נר"ו לירד לנכסי היורש אפי' שלא בפניו ולגבות נמי מיקהו דהא הוי כמו שמחוהו כו' וכ"ש כשהן במקום רחוק דגובין שלא בפניהם וכמ"ש מרן בסי' ג"ה וק"ו ואפי' לדעת הרינ"ם בסימן הנ"ג הביאו יתומים בהגה"ה ס"י ק"ו כבר כתב הסמ"ע והר' כנה"ג דמה שירשו מאביהם וזהו משעבוד ב"ח גובין אפי' שלא בפניהם ועוד דכל דבר שהוא מבורר דלא קיימינן לפרעון או להוכר כגון שהוא תוך זמנו גובין שלא בפניהם וכמ"ש הרשב"א בתשובת הביאה מרן סימן של"ה ס"ו דגובין מהיתומים אפילו שלא בפניהם יעויין שם.

והגם שהר' דב"מ ח"ב דכ"א ע"ב כת' דמשעה שהוא מבורר אין להוציא ממון הנה מלבד דהשו' הר' ד"מ תמוהא אחרי ראות תשו' הרשב"א הנז"ל הנה הר' דב"מ יודה בנ"ל דאנו באין להיינו מהשלשה חילוקים הנז"ל ומה גם דהבר שהרו בו ב"ד רבה שבירושלים שיבא להתדיין ואם לאו נותנים לו הפסד' וכיון שלא בא ודאי דיורדין לנכסיו שלא בפניו וכמ"ש מרן בסימן ל"ח עכ"ל הר' הפוסק נר"ו ואף שדבריו באו בארוכה ובדרך שקלא וטריא הנה אנא נפשאי נקיט בקליר'ת הא'ומר כי במקום שאמרו לקצר אינו רשאי להאריך

ואחר הרואה דברי הר' הפוסק יראה דעל כל שלשה החילוקים הללו שלימד מדברי הרב מהרימ"ט ז"ל לנ"ד יש לשדות נרגא דאחד הרואה תשו' מהרימ"ט הוא על הגברת שציות' ליורשים שיתנו להמשרת ס"מ גרוש' חלף עבודתו שבירת אותה והמשרת הנז' נלב"ע קודם שלקח הסך ההוא והיו תובעים יורשי המשרת בכל יום ליורשי הגברת והיו מסרבים נגדם כי היו ממשפחת רם ולא אבו שמוע ואח"ך נפטרו גם יורשי הגברת ונפלו נכסי קמי שאר יורשים והדבר מפורסם לעיני כל העם שלא פרעו הסך ההוא יורשי הגברת וע"ז חייב' הר' מהרימ"ט מג' טעמים חדא דהיה מפו' בעיני כל בני הבית והשכנות שלא פרעו הסך ההוא שכל יום ויום היה הולך ובא יורש המשרת ההוא ולא היו משיאין בדבר ואם איתא דפרעו הי"ל לגלו' הענין כדי להשקיט מעליהם את תלונות היתומי' והוי כמו מילתא דלא"ש דלא טענינן ליתמי וטעם ב' מאחר שהיו מסרבים על הפרעון והיו מורין היתר לעצמם בחושבם שלא צוותה הגברת לתת המתנה כ"א בתורת פרעון שכר טרחו ושירותו והם היו חושבים כבר עשתה טובה עמו כדי טרחו והותר ממה שעשתה עמו טובה וכבר אכל חלקו ולא היו חייבי' לו כלום ומאחר דהורו היתר לעצמם וודאי סיבה שאעפ"י שהזמינו לדין לא חשו להם מאחר' שהם בחזקת שלא נתן וכהאי' מתני' דכותל חצר שנפל בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן וכמו שפרש"י שעד שיחייבוהו ב"ד אינו עשוי ליתן ועוד גם שלישית דאחר שהזמינום לדין בפני עדים וסירבו לבא וגם אמרו שלא לתת כלום שוב אינן נאמנים לומר פרענו דלא עביד איניש דפרע עד דמחייבו ליה בהדיא עכת"ד הרב מהרימ"ט ז"ל.

ועפ"י אופן השאלה שהצגתי לפניך מדברי הרב מהרימ"ט ז"ל הנה הרואה יראה דע"כ השלשה חילוקים שלימד הר' הפוסק מדברי הרב מהרימ"ט ז"ל יש לשדות נרגא

דעל

דעל החילוק הראשון דאינו מגורר חיובו וכמו שהאריך בזה הר"בכו' נר"ו במכתבו הקדש הנה הרו' ירא"ה דמכל המקומות שהבי"א ראיה הר' הפו' אדרב' הורה יוצאת לנ"ד דעמד בב"ד וחייבוהו ב"ד דאמרי' במה פרע דע"כ לא אמרי' לא עביד איניש דפרע אלא כשלא עמד בב"ד וכההיא דכותל אלר שנפל וכמו שפרש"י דלא עביד איניש דפרע עד שיחייבוהו ב"ד וכל הנדונים שהבי"א מהפוסקים מיירו דלא עמד בדין ומש"ה לא פרע דרוצה בדעתו מי יימר דמחייבו לי רבנן לא כן בנ"ד דכיון דעמד בדין וחייבוהו רבנן אין לו בית מנוס ואי משום דצריך שומא הלא כיון דבנ"ד לפי דברי הטוענים ממון הירושה היתה ת"י ה"ר משה נ"ע והוא שמא בידיה לשומו בשוקא הריפה ולתת להם חלקם ולא היה תלוי ביד ב"ד כ"א בשומת ג' בקיאים דשכיחי ליה וניקל לא כן בנדון דמי הרזקה של הר' מהרא"נ"ח דערך שווי הרוקה תלוי בדעת ב"ד וגם דנדון מהרא"נ"ח הוא דעדיין לא עמד בדין לפני ממוני הרוקה ומש"ה לא ברירא ליה חיובו ולא עביד דפרע גם בחילוק הב' דכיון דבכל יום ויום היו קובלים ומתרעמים היורשים הנ' ולא רצו לפרוע ואם אית' דפרע הה"ך קלא הות ליה כו' הנה הרוא' ירא"ה דהרב' מהרימ"ט כדמוכח דלא כתב טעם זה כ"א במונח שהיורשת הנגברת הבי"א היתה מודה לאחיות הדין כי קושטא קאי שהיו טוענים להמורישים הנה ולא רצו לתת והסברא נותנת שלא פרעו אלא דהיה לחוש שמא היה להם מעות טמונים ונתן להם בחשאי ועז"ז הוא שהעמיק הרחיב ועשה עיקר מהומדנא כזו להוציא ממון כיון דהיורשת הבי"א היתה לה ידיעה מכל תביעתם גרם אם היורשת היתה מכחשת והומרת שאין כאן תביעה ואין כאן סברא שלא נפרע לא היה כח להוציא מידה וה"ל כאומר מנה לאבא ביד אביך ואתה ידעת דאם מכחיש שכנגדו אינו חייב אלא שבועת היסת וכמ"ש הרב מהרימ"ט שם כן בראשית דבריו דקל"ו שע"ב יע"ש וא"כ בנ"ד דגי' מרדכי הוא צועק בקול מרה כי כל מה שהרבו הטוענים הנז' דברים אשר לא כן על מ"א הנז' להל"מ כי אדרבא הוא היה רוצה להיות פורע והוא היה מבקש שיזבחו ולפרוע פרעו' הנקש שימר ובאמת נמה שהוא האמת אלא דהטוע' הנז' רדפו אחריו בעש"ג ומנייהו נמשך לו היזק גדול והראיה כי אדרבא הן בכל זאת היה רודף שלמונים ובקש ליקח מידם מחילה נמצא כי אדרב' דעתו ומגמתו היה לקיים מצות פריעה וא"כ לא דמי כלל לנדון הרב מהרימ"ט ז"ל .

גם בחילוק הג' שכתב הר' הפוסק נר"ו דכיון דלא כייתי לדינא ונכתב עליהם פס"ד לא היה יכול לומר פרעתי כו' . הנה הרואה ירא"ה דכל עיקר לימודו של הרב מהרימ"ט הוא מדברי הרי"ף סוף פ"ק דמציעא והיינו דוקא היכא שהזמינוהו לדין וסירב מלבא עד ששלחו אחריו ב"ד ובא לפניהם וחייבוהו או שאחר שחייבוהו ב"ד גם עתה היה מסרב בפניהם ושמתוהו כו' . ונדון הר' מהרימ"ט היה ג"כ כדומה לזה שהזמינו אותם לדין ולא רצו לבא כי היו מתפחדת רס לא כן בנדון שלנו שהר' משה הנז' בא לב"ד עם אחיו ובני אחיו באהלות וקשר עצמו בש"א לקבל את הדין וחייבוהו להביא כמ"ש בפס"ד והוא קבל עליו את הדין אלא שאח"ך ע"י שבקשו להכביד עליו ולכפול תביעתם לתבוע חב"ע אשר לא יהוער ומהמ"וה אפ' דסירב נגדם לא מפני זה יהיה הוחזק כפרן ומסרב וכמו שיעויין בדברי הראשונים הובא בא"ו למציאה די"ז ע"א נמה שהקשו על פי' רש"י ע"ש .

ועוד דלא מקרי מסרב נגד הפס"ד דאעיקר' לא קבל כ"א עד שיחתמו בו השלשה דיינים כהדא יתבי והוא נאית לדעות שלשתן וכך יש לדקדק מתוך דברי הת"י הקבלה וכמו שהאריכו הרבנים למעניתם הרבנים העצומים הנז"ל ואף אם לא היה מגורר כן הוא נאמן לפרש דבריו שבכ"י אף שהוא בקגמ"ך ובש"א ומשעם מיגו וכמו שהארכנו בזה לעיל וא"כ נמצא דלא נק' גי' משה נ"ע מסרב נגד הפס"ד כיון דאחיתי' עליה תרי מנייהו דוקא וכיון שלא נקרא מסרב אף שאח"ך נתרצה ופרע כיון דלא איתרע חזקתיה בסירובו . ועוד נה דאף אם נודה לדברי הרב הפוסק שיש להבנים בעיקר קבלתו אף לשנים מהם ולא נהית לדעות הנה מאחר דכהיו הזה יש הפרש ומחלוקת בין הדיין החתום עם הדיין שלא התם בטעמו של דבר דעל מה וע"מ לא בא על החתום הנה פשיטא דאף זה לא קבל עליה להתחייב דלא קבל עליו כ"א בהיותו מגור' הטעם שלא התם שעל פי אותו הטעם שורת הדין מחייבתו דאזלינן בתר רובא לא כשאעיקרא עיקר הטעם שלא חתם אינו מגורר ומי שיודה על האמת לא יכחיש זה

וראיתי עוד להר' הפוסק נר"ו שאחר שהביא ס' מרן דסי' ע"ל דבפס"ד אינו יכול לטעון פרעתי העמיק הרחיב והביא ס' הסמ"ע דדוקא שמתוהו כו' ולבסו' כת' כי ע"י החילוקים הנז"ל וע"י האומדנות המוחיכות הו"ל נ"ד כשמתוהו כו' ובכן ע"י הפס"ד גובה מהיורשים ואפי' שלא בפניהם מנכסי המוריש כו'

ואני אומר כמה. לא חלי ולא מרגיש גברא דמאריה שיעיה דלא די שנתן כח לפס"ד שלנו שאינו יכול לטעון פרעתי וכפסק מרן אלא דנתן כח גם לגבו מהיורשי' ואפי' שלא בפניהם דזה לא ראינו ולא שמענו בפסקי מרן וכבר ראיתי להר' הפוס' דסליק ביה דרגא דמעב"ל לנ"ד דמי למעב"ל הנז' במרן סי' ע' ס"ז דאותו המעב"ל עדיף מפס"ל וכמ"ש הסמ"ע כו' ע"כ אמנם כל דבריו אינו שוה לנו דהתם שאני דלא ניתן המעב"ל לידו כ"א לראי' אחר זמן דידוע דלא היה בידו לכוריעו וכמ"ש הסמ"ע שם לא כן בנ"ד דעיקר המעב"ל דאחיתי עליה הב' דיינים מהב"ד שקבלו עליו לא נכתבו להיותו לראיה לאחר זמן כ"א לחייבו בה שעתא וא"כ נלע"ד דכל לגבי היורשין והלקוחות שטענינן להו שמא פרע

ועוד נלע"ד דכל מה שיזרה הר' הפוס' נר"ו להביא לנ"ד אינו ענין לנ"ד מאחר כי בנ"ד

בנ"ל על חלק הירושה אנו באין לדון ואחר דחייבוהו ב"ד מכח הודאהו הו"ל כמו פקדון גביה כי לאו מלוה הוא גביה כלל מאחר מתוך דברי הפס"ד וכן מתוך דברי הרב הפוסק נר"ו מוכח דהיו הנכסים בעין והיה צריך מומא וגם אין הענין בנ"ד שהכפר בפרטי הירושה ובאו עדים והכחישוהו שהיו בידו בשע' הכפירה כדי שנאמר שיחשב עליהן גזלן להתחייב' אפי' באונסין וכמו שפסק מרן בסי' רצ"ד ילא נ"ל הוא שהודה לפי האמת ובמה שהודה כבר הודה ובמה שלא הודה , הרי לא באו עדים והכחישוהו וא"כ נמלא דהוא פקדון גבי' ולא הכואה ולא גזילה וא"כ אם נאנסו הכל היה פטו' לשלם מכיסו דלא יהא אלא ש"ש כיון שהם שותפים בירושה הנז' הרי עכ"פ פטור מאונסין ואם קודבאנו לידי מידה זאת הו"ל נ"ד כמו שטר עסקא דפלגא דפקדון אינו גובה אפי' בשבועה ואין על היורש אלא ה"ם דטענינן להו ההזרתי במיגו דנאנסו וכמו שפסק מרן סי' ק"ה ס"ד ועי' למהרי"ט ח"א סי' קי"ב דקנ"ו ע"א וכבר כתב הר' מע"ש בהג"הט אות כ"ד מסם תשו' אבק'רוכל סי'קמ"ו דטענת ההורתי שייכא אפי'היכא דאם היה מהזיר הוה אוושא מילתא אפ"ה טענינן להו דש"ם יכול להיות החזרה בלי אוושא כו' יע"ש .

ועוד דהרואה יר' דכל דברי הרב הפוסק נר"ו מרישיה לסיפיה אין להם על מה שיסמוכו להוציא ממון מחזקתו וכל היסודות שבנה הרב הפוסק ה'ן נסת'ר מהמת'ו אהת לאהת ואיהו גופיה בתר דפשט' הדר בעיא ומותיב לה ואסיק לה בקביא ולא ידעתי על איזה מהטעמים סמך דאי לדברי המהרא"ה הא כבר כתב הר' המבי"ב ז"ל דאפשר לגבי יורש מודה מהרא"ה ואי אתשו' הרב ד"נ כבר כת' הרב דרכי נועם גופיה דאין להוצי'ממון ע"י אומדנא כזאת ואי משום דהרב ד"נ נדונו היה בכת"י לא כן במעב"ל דכ"ל דהוי כמו המעב"ל דסי' ע' ס"ו אי לזאת כבר כתבנו לעיל דלא דמי כלל ואי מטעם הסרבנות כבר כתב הסמ"ע ז"ל והמורה לדק לדעינן שנתוהו כו' , וכתב הרב מהר"ס גאלאנטי ז"ל דיכול לומר קים לי וגם מתשובת הרמב"א ז"ל שהביא מרן ז"ל סו"ם של"ה אין ראיה להרואה ירא' דהרמב"א ז"ל אדרבא טעמא שהיה תוך זמנו סמך להוריד להנכסים שלא בפני היורש ומה גם אחר ראותו דברי הד"מ דפליג על הרב מהרימ"ט ז"ל והיטב הדה לו על שהוציא ממון מיד היורש איך מלאו לבו לחלוק עליו אף שבנדונו עלה בו טעמים אחרים כיון שלא ראה זה בשום פוסק

ומ"ש בסו' דבריו לכבר שלהו אחריו בית דין של ירושלים ולא בא הרואה יראה דאין בו טעם כעיקר להורידו להנכסים שלא בפניו דכיון דגי' מרדכי שלא תשובה נכוחה ארוכה מאר'ש מידה והיא כפורחת כמה טעמי חרילי על סיבת עיכובו ומעכ"פ תלה הדבר הכל על פי הכרעת הרב הג"ן נר"ו וגם הוסיף ידו כהנה וכהנה נעתרות נשיקת ידיו קדם להרב אג"ין נר"ו הנה כל הרואה תימ'ה יקרא איך לא נכנסו הדברים באזניו וכתב עליו כי השתמוטי קא משתמיט גי' מרדכי ואחל הרו' את כל דברי האגרת גולת הכותרת כל רואיהם יקירו'ס יתנו עדיה'ן כי לא משתמיט כלל כי אם שהוכיח במישו'טינסכעיקר על עיכובו והיה העכו'ב למישור וכל לי הא לפהות ה"ל להרב אג"ין רבי'ן חסי דא נר"ו לחזור ולכתוב לו שלא נתקבלו דבריו מהטעמים אשר בלבבו וכגון דא מלוה בחזר'ת כל שהיא תפארת לא למתוך הדין בסכינא חריפא ולכתוב אדרכתא על נכסיו ובמילת' כדנא הרואה יראה שהרב אג"ין נר"ו שבקיה להסידותיה ולא כל אדם זוכה להבין תוכן הדברים וסיבת הנהילה הזאת וכגונדא , לזר תעודה , אשר ל'ו יעדה , ואנהנו לא נדע ,

באופן דלא ראיתי בכל דברי הרב הפוסק נר"ו טעם מספיק כי בכל חדא וחדא עלתה בו קזוי'א וכל לגבי לידי גדול כח היורש המוחזק ואין להוציא ממון ממנו אפילו בפניו וכל שכן שלא בפניו מכל הטעמים הנז"ל שנתבארו לעיל .

ואבא היום אל הסעיף השני שנסתפק הרב הפוסק נר"ו בפרט האומדנא דאם יש כח בידינו לדון על פי האומדנא ולתת קלבה מאומדל דעתינו כו' הנה לזה העמיק הרחיב הרב הפוסק נר"ו ושקיל וטרי בדברי הראשונים והאחרונים ז"ל והראנו נפלאות מתורתו והן קדם הביא הנהו עובדי דפ' הכותב דע"ב דמוכח מנייהו דעל ידי אומדנא דמוכח מוליאין מהיתומים אלא שהרמב"ם פכ"ד מהלכות סנהדרין כתב דבזמנים הללו אין לדיין לדון בסמיכת דעתו ושורש דינוזה הוא מדברי הגאון שהביאו הרי"ף והרא"ש פ' הכותב שהאידנא לית ליה לדיין למימר הכי קים לי בגויה דלא ברירא לן הקים לי בגויה היכי הוה וכפ'ז סגר עלינו המד'בר הגאון דבזמן הזה אין לדון באומדנות כלל וא"כ יולא לנו מבוכה גדולה במה שעינינו הרואות כמה אומדנות הנראו' לדיינים ופסקום אף לסומן הזה וא"כ יהיו כל הראשונים סותרים לידהו אדידהו , ראש המדברים הרמב"ם ז"ל ממ"ש בפ"ב מה' מ"ול ממה שנתן כח לדיין לכוף את מלוה שנראה לו באומדן דעתו שיש לו ממון אפי' לנלותו על שיפרע לחבירו

לחבירו ע"ש וכן להרא"ש שכתב לבך דהגאון ז"ל פי' הכותב קשה דהוא ניהו שב לדייני האומדנות בכמה מקומ' על שלשים ועל רבעים ראשונה בכלל ע"ח סימן ב' ופסקה מרן בסי' לט ס"ו וכן בכלל ס"ח סי' כ"ג דן את הדין ע"פ האומדנא ופסקו מרן סימן ס"ה סי"ו ויותר מזה הפליג לדון ע"פ האומדנ' בכלל ק"ז סימן ו' על ריב ר' שלמה ן' אלבלג ור' ישראל אלהאדד ע"ש ואין לומר דהיינו לגבי דידיה אבל מיתומים לעולם אין מוציאין אלא בראיה ברורה שהרי הרואה יראה במקנת תשו' הנז"ל שהוא גם להוציא וכן אתה תראה דעת הרמב"ן והרשב"א בתשו' סימן אלף קמ"ז שע"פי מה שנתברר להדיין שהוא השטר שהוא היה מזוייף סמך הב"ד על ידיעתו וקרע את השטר ע"ש והוא הפך דעת הגאון וכן יש לתמוה על מהרשד"ם על שלשים ועל רבעים דנראין כסותרות למתשו' דסימן מ"ה וסי' ס"ו מבואר דאפי' שהיו שם אומדנות בראיות והוכחות לא עשה מעשה להוציא מיד המוחזק וסמך על ס' הגאון ז"ל ואלו בתשו' דסי' שמ"ו מבואר שהוציא ממון מיד האלמנה מכח האומדנא שהיה בדבר וסמך לתשו' הרא"ש וכן בסי' ש"ו הפריז על המידה על הנחשד מההיא גניבה וחייבו בכח אומדנא ונתן שליט' ביד אומות כו' ע"ש ועל מבוכה כזו שיש להק' דברי הפוסקים אהדדי כתב הרב הפוסק נר"ו ליישב יישוב נכון וישר וכן קדם הביא תשו' מהר"ש אלשיך סימן מ' שעמד על מקנת מבוכה זו וכתב דיש לחלק בענין האומדנו' דהיכא דמוכחי כזבא אזלינן בתרייהו אפי' בז"הז וכמ"ש הרא"ש וע"ז הק' הרב הפוסק נר"ו דעדיין לא הרווה את צמאוננו דמי שם בעיוות חכמה מה הכרע יש בין האומדנות וצריך פלס וכף מאזנים כו' וכדי להרחיב היטב חילוקו של הרב מהר"ש אלשיך הביא לנו הרב הפוסק הי"ו דברי הרב מהרי"קו בשור' קכ"ע דירד לחלק דכל היכא דהמעשה מבורר אצל הדיינין אלא שאנו מסופקים באומדן הנותן או המוכ' הולכין בתר האומדנא אבל היכא דלא נתברר המעשה אצל הדייני' בההיא דגמל האוחר בין הגמלים דאין יודע לנו אם נגחו אז לא אלא מתוך האומד' אנו באין לחייבו בהא ודאי לא אזלינן בתר האומדנא ע"כ ולימד הרב הפוסק מדברי מהרי"קו ז"ל הנז' דהאומדנות שיוכל הדיין לדון בהם בזה"ז שגו' הענין מבורר לדיין מי חייב לזה וממונו מעיקרא של מי ועכשיו ברשות מי וכיוצא לזה שיש בו גורם והחוב ל"ש או לאחר ועכשיו נעתיק החוב מזה לזה ע"פ האומדנא או לחייב או לפטור וכיוצא לפי מה שבזה הענין שהם היה כבר מחוייב ורוצה לפטור עצמו בחיזוק שטר האומד' מרעת לאותו שטר יחזור החיוב לאיתנו הראשון והביא הרב הפוסק נר"ו שמוכות שלו מדברי מהרימ"ט ח"מ סי' קי"ב שרמזנו לעי' וכתב וז"ל נמצא דמתורת מהרי"קו ומהרימ"ט למדנו ב' כללים נאמדים מוסב לדון מדיני האומדנא האחד שיהיה הדבר מבורר לדיינים כו' והשני דאף אם אחר החיוב והפיטור צריך שתהיה אומדנא דמוכחת לכ"ע זהו שיאמר הדיין לבי אומר לי וכן דעתי מסכמת שזו אינו אלא אומדנא דמוכח לבד אלא צריך שתהיה אומדנא דמוכח דכל השומע ישמע ויודה ויאמ' האמת כך הוא ובזה ליכא האי חששא שחשש הגאון ז"ל

ובכן ע"פ שני הכללים הללו כתב הר' הפוסק נר"ו ליישב בנקל תשו' הרא"ש דהתם שאני דבכל הנדונים של הרא"ש החיוב היה ברור מעיקרא אלא דנולד איזה דבר של ריעותא לפוטרו ויש אומדנא דמוכח לכל העולם שהחיוב נשאר במקו' מש"ה מוקמינן החיוב אחזקתיה ומוכיחין ע"פ האומ' לא כן כשעיקר החיוב מסופק אזלינן ואנו רוצין לחייבו מכח אומדנא אזי אפי' דמוכחת טובא לא אזלינן בתרה

ועפ"ז כתב ליישב גם תשו' מהרשד"ם ז"ל דההי' דסי' שמ"ו שהוציא מיד האלמ' היינו דמעיקרא כבר הוברר לכ"ע שבעלה הר"ש עטיאש העני וכל נכסיו ושהורותיו היו מאחיו הר' יום טוב שנמצא שגוף המעשה מבורר אלא שאחר כך האלמנה כפרה שלא יש בידה כלום ומש"ה עשה אומדנות גדולות לומר שהכל ברשותה ולא החזירה שום דבר מאחר דמת כאחום כו' וכיוצא בזה הוא ההיא דסי' ש"ו כו' ואסוף דינא כתב הרב הפוסק וז"ל ואחרי הודיע אלהים אותנו את כל זאת נהנה ראש כו' לנדון שלפנינו אם ניכנ על בני העמודים הנז' ונשיב על ראשון ראשון אם גוף המעשה מבורר דמעיקרא כ"ע ידעי שכל עזבון הצדיק המנוח חיים מ"ך נכנס ברשות אחיו ג' משה זאין ולתו ודמי לנדון מהרשד"ם דסי' שמ"ו ואחר שגו' המעשה מבו' אלא שלא נתברר מה אומתו כמה הנה יש בידינו לגמו' דבר מדבר זה תשקול דעתנו כיון דהם היו מבררים הכלל והפרט לפני שמאים בקיאים היה הדבר מבורר לעיני הדיינים ומה שהיה מבורר היו נותנים ומה שלא היה מבורר היו נשבעים ונפטרים כתקו"ל ומאחר שכבשו הדברים וברחו בעש"ג זאת היתה סיבת הדבר שלא נתברר מלאת ונפל לו הספק וכיון שהם גרמו וכדי שלא יהיה חוטא נשכר יש לנו לעשו' כאילו נתברר שקרם ונחייב אותן באומדנא כיון לגרמא בנזקין קן ולדידן עדיפא מתשו' הרא"ש ז"ל שמפני שר' ישראל שתק ולא השיב כלל נידון ביסורים לפני אדונינו הרא"ש וחייבו באומדנא מהמת שמניעת הבירור בא מצדו כ"ש בנ"ד שמלבד שלא השיב עוד בם דהפליגו על המידה והלכו בעש"ג הודאי האומדנא מועילה לחייב' עכת"ד הר' הפוסק

ואנכי הים לעיר תמהתי על המראה כי מאחר שכבר הוכיח במישור שהחיוב צריך שיהיה ברור מעיקרו ובפיטור הנולד אח"ך אסיק אומדנא דמוכח לפניך כל חוזר החיוב לאיתנו הראשון ובכה"ג הוא דמ ליאין ע"י האומדנא וכפי האי גוונא הוא נדון הרא"ש ז"ל איך מלאו לבו של הרב הפוסק נר"ו ללמוד ולחייב בנדון דידן דאין החיוב מבורר מעיקרו ולאו כ"ע ידעי אם נכנסו הנכנסי' ברשות של ג' יעקב או לא כ"א עפ"י הודאתו שהודה

שנכנסו קצת נכסים לידו ובאמת דהודה כבר היה מוכן ליכנס אלא דהיו רוצים התובעים להטיל עליו כפלים מהודאות ומש"ה הוא משמיט וא"כ איך מהנכסים שהודה בהם ושיש לו כנגדם זכות ניקח ממנו ראיה לנכסים שלא הודה ונעשה אותו חיוב מבורר ולא דמי לתשו' מהרשד"ם ז"ל דשי' שמ"ו דהתם לא היה הענין שהאלמנה היתה טוענת שהחזירה הנכסים ושאין כל מאומה בידה ושעל הכל חייב אותה הר' מהרשד"ם מצד האומדנא וכמו שהביא לנו הרב הפוסק נר"ו אלא הרואה תשובת מהרשד"ם בלבו ובקומתה יראה לגופ' דעובד' היה שאף הנכסים שהיו מבוררים שהם ברשות' היתה' טוענת שהם מזכות עזבון בעלה ולא מה"ר יו"ט עטיאש אחיו של בעלה וע"ז הוא דכתב הר' מהרשד"ם כיון דהסברא נותנת ואומדנא דמוכח דלא היו של בעלה מאחר שהעני ולא היה משלו כלום א"כ יפה גזר אומר הדיין והוא דהנכסים שהודית בהם הם מהיתום ודקדק זה מתוך כתב הגזרה של הדיין המבורר עליהם שכתב שהיא הודית שאין בידה נכסי' מהר' יו"ט אב היתום יותר כו' ומדכתב תיבת יותר משמע דבמה שהודית מהנכסים כבר נתברר מתוך דבריה שהיו הנכסים מאב היתום ובמה שהודית דוקא הוא מה שחייב אותה ולא עשאו חוב מבורר למה שלא הודית מהנכסים כי אם שנתן להיתום שליטה ורשות שבכל מקום שימצא נכסים מהר"ר יום טוב יהיה נוטל אותם באופן שעל מה שלא הודית לא חייב אותה מהרשד"ם וא"כ מה דמות יערוך הרב הפוסק מתשוב' מהרשד"ם לנדון שלנו להיינו כשיעור סך גדול כזה

והגם שהר' הפוסק נר"ו הביא שמצאות לזה מתשו' הרא"ש דכלל ק"ו הנז' דמחמת דמניעת הבירור בא מכלל חייבו הרא"ש ז"ל לר' ישראל בפרעון כל החוב וכו' הנה הרואה יראה דנדון הרא"ש שאני דעיקר החוב היה ברור על ר' ישראל אלא דהיה רוצה לפטור עצמו בטענת פרעתי יען דאתיליד רעותא בשטרות וכיון דהיה אומדנא' מוכיח' דהפרעון היה שקר מש"ה חזר החוב לאיתנו הראשון דהיה ברור על ר' ישראל ונמצא שאין אנו גורדים ונותנים סך קצוב מדעתנו לא כן בנ"ד והרי הוא כמבואר שאתה רוצה להטיל עליו סך גדול של חוב מאומד הדעת ולזה אין לנו ראיה מדברי הרא"ש ז"ל וכבר ראיתי להר' הפוסק נר"ו שירד לחלק בהכי וטוב החליט מאמרו דכיון דמה שאתה בא להיינו בנדון הרא"ש היינו מטעם דכיון דהוא היה הסיבה להעדר הידיעה מש"ה ראוי לחייבו א"כ מה לי אם החוב מבורר מעיקרו כנדון הרא"ש מה לי אם אינו מבורר השומא ואנו באין לחייבו בשומא וקצבה מאחר כי הוא היה עיקר סיבת העדר הידיעה ב"ד כו' עכ"ל והרואה יראה דגבה גורא ביניהו ולא ראי זה כראי זה וכמבואר מכל דברינו הנז"ל

והרי כלל גדו' בידינו דכדי להוציא ממון מיד המוחזק צריך ראיה מהפוס' גלויה ומפורסמת גרס הרב הפוסק נר"ו רצה ללמוד דבר מדבר וענין מענין וטרפן בזה הענינים שחלוקים בטעמיהם והוליד מתנו דין חדש ולא הטעימנו טעם בשר ולא טעם יינה של תורה כי העלה על שלחננו בשרא סומקא אגומרי וחמרא מרקא והנה כבר הרוא' יראה בפסק של רבני גאוני ע"הק טבריא שהאריכו למעניתם והוכיחו במישור כי מה שנראה מדברי הרב הפוסק שהוא תוספת מדברי הפוס' הרואה יר' כמה מהפוס' דס"ל דאין לדון ע"פ האומדנא אף שהיא גדולה ורבתי בדעות כ"א להחזיק ולא להוציא הגם שהאומדנא היא חזקה ומפורסמת אליבא דכ"ע ועוד בעיקר היסודות אשר בנה עליהם הרב הפוסק מגדל האומדנא מהו לה מאה עוכלי כו' ׳ והרואה יראה' שכל דברי רבני ע"הק טבריא הם כגחלי אש ואין בהם נפתל ועיקש כלל כי ע"כ פרט ופרט שהביא הרב הפוסק נר"ו להחזיק האומדנא השיב' נגדו טענות חזקות בריאות וטובות הן בעיקר הטענה שעשאו חיוב מבורר משום דהוד' בפני הדייני' שנכנס בידו אבנים טובות כו' ועוד הוסיף הרב מוהרי"ע נר"ו במכתבו השני שנתברר כשמש שבא לידו סיפ'יט קרוב לאמה כו' ׳ הנה הרואה יראה' שעדות זה מוכחש מיניה וביה דנפקא קמא לא נכתב מכל זה כלום והוא חוזר ומגיד ואין לו' למפרע עדותו דהוי סותר ממש למעיקרא קאמר שאין בכלל הנכסים ממון ואח"ך אמר שהיה בכלל הנכסים ממון ואח'ך אמר שהיה בכלל הודאתו דינרי זהב וכן בעיקר השומא מי יוכל להקביל ולקבוע שומא כו' ואי מטעם שההיום הוא גי' מרדכי ואחיו הם עשירי עם וכנגדם התובעים הם עניים וכמו שגם על זה סמך מטענתו הרב הפו' הנה כבר האירו עינינו רבני טבריא טעמא דמילתא דהתובעים היו פורניס סך עצום ורב וביודעם ומכירם קצת אמתי ואין אומרים למי שלא ראה את החדש יבא ויעיד אלא למי שראה את החדש יבא ויעיד ׳ ומה שלווה כהיום הזה הרב מהרי"ע נר"ו שהודה בפניו סך עצום ורב מכל הממון שבא לידו והוא נכוה ברותחין כו' וכמ"ש בשאלה לא מעלה ול"מ כיון דהתובע נעשה חתנו ומשנה ערוכה שנינו היה יודע לו עדות עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו אינו יכול להעיד ופסקו מרן סי' ל"ג סי"ג וא"כ ל"מ ול"מ

באופן שע"פ כל האמור אין לחייב כלל להגי' מרדכי ואחיו הנז' ה"י ואין בידינו להוציא ממון מידם שכבר טען שכנגד הנכסים שירש מאביו קיים מצות פריעת ב"ח יותר ויותר וה"ל כמנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום וכן לא ירשתי מאבא כלום וכיון שאין טוענים בריא אין להם עליו אלא ח"ש ואפי' אי חשבינן ליה כטוען ברי"א אינו חייב אלא שבועת היסת ובכן נשבע היסת ונפטר ואפי' אם היה חשוד על השבו' ח"ו וכדברי הרב הפוסק נר"ו הנה כיון דאינו חייב אלא שבועת היסת לא אמרינן בכה"ג שכנגדו נשבע ונוטל וכמ"ש בארוכה בפסקו של הרב המו' כמהר"י פינלי נר"ו ובפרט שכבר האריכו מעלת רבני ע"הק טבריא והביאו לנו טעמים מתחלפים ׳ מתוקים מדבש ונופת צופים ׳ לזכות לגי' מרדכי ואחיו הי"ו ומעתה

ומעתה מאחר עלות השמש זרחה על הארץ תורה תמימה ניתנה מרבני עה"ק עבריא ברה מאירת עינים הא ודאי שמני'ר רבי"ן הסילא מלך בירושלים אג'ן השה'ר נר"ו יודה לדברי הרבנים הנ' ומודים דרבנן היינו שבחייהו ומדעת קונו יש בו שאמר נלאוני בני כו' ומי לנו גדול מר' יוחנן שהיה מאריה דארעא דישראל ובא מעשה לפניו ודן את הדין ואח"ך פליג עליה ריש לקיש ופתח פיהו רבי יוחנן בחכמה ואמר מה אעשה שכנגדי חלוק עלי וכמ"ש בפ' הכות'ופרש"י שכנגדי שקול כמותי כ"ש בדורות הללו שנתמעטו הלבבות וכידוע

אם כה יאמר הרב הגדול הג"ן נר"ו עדיין אני הוא המחייב ובמקומי אני עומד ויש לי הכרעות ותשובות לסתור כל דברי רבני עה"ק טבריא העיי"א הנה עכ"פ הן כהיום הזה כל לגבי דידן אין בידינו כח לחייב לגבי' מרדכי ואהיו מאחר דיש לו אשלי רברבי הם רבני וגאוני עה"ק עבריא לסמוך עליהם

וכבר הביא לנו הרב מוע"ש בכללי הקיי"ל אות ל'ד בשם הפוסקים דכשנפל מחלו' בין החכמים שבדור זה מזכה וזה מחייב ולא ראו אלו את אלו אף שכן בחיים עדנה לאורך יו"ש בע"ה הנה אם לא נתקבלו כלם יחד בוועד אחד ונשאו ונתנו בהלכה זה בפני עצמו וכ"א כתב פסק דין בפני עצמו יכול המוחזק לומר קים לי יע"ש וה"ה נמי בנ"ד , ומעתה מאחר עלות שגי' מרדכי פטורים לגבי התובעים בני הגביר גי' יוסף נ"ע ה"ה והוא הטעם שכן פטורים לגבי בני גי' מנחם וגי' רפאל נ"ע דאידי ואידי חד טעמא וחד שיעורא הוא ומהני טעמי תרילי הנז"ל ואין להאריך

ואבא היום אל העין ועל שנע'תה באתי להעלות על שלחן מלכים פלפלת כ"ש מעט הדש אשר האיר ה' את עיני לזכות גי' מרדכי ואהיו הנז"ל וביוקר עמדה לי והגם שראיתי שלא העלו על דל שפתיהם של הרבנים הגאונים הנז"ל האי טעמא ולא נשאו ונתנו בו למען דעת אי סליק אליבא דהלכתא או לא הנה אפשר דמקום הניחו לי להתגדר בו וזה היה חלקי בהאי מעתתא דבעיא גילותא ואען ואומר דיש לנו שורש מקור דין אחד בדיני ממונות שהוא נחלק לשנים ואידי ואידי חד טעמא הוא והכל הולך אל מקום אחד וזה החלי בס"ד

השורש הראשון דכיון דהצדיק המלך חיים ז"ל נהרג בעכ"ו ע"י הפאש'ה דהוא היהו השליט והוא סגר עליהם המדבר וכלה גרש יגרש לכל אנשי הבית והוציאן בחימה שפוכה וגזל הזהב והתם בהותמו את כל בית נכאתו אבני'טובות ומרגליות וכל מידי דמתקרי נכסי הכל אספה בית' המוס בעזקא דהכלר הלורר והא ודאי דאין מידו מציל כי מי יאמר לו מה תעשה ולא שופט מעירו מאומות העולם יכול למחות בידו כי כלם מאפס ותוהו נחשבו לו הא ודאי דאף אי לא יהבינן כדין מלך בעירו הנז' אעכ"ה כל יורשי המלך חיים מ"ך נתיאשו מכל ממונו וכל מי שהיה בידו להבריח מאת השר הנז' ע"י תחבולה וכיוצא הא ודאי דזכה מן ההפקר וגר'להביא ראיה לזה מסוגיא דפ' הגוזל בתרא דקיי"ל ע"א אמתניתין דקאמר ברישא נטלו לסטים את כסותו ונתנו לו כסות אחרת הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתיאשין מהם והדר קאמר בסיפא המציל מן הנהר ומן הלסטים אם נתיאשו הבעלים כו' הרי אלו שלו כו' קאמר בגמ' שם אסיפ' נתיאשו אין סתמא לא אמר רב אשי לא שנו אלא נכרים דדייני בגוותא לא מייאש אבל לסטים ישר' כיון דאמרי מימר מיאשופרש"י לדייני בגוות'בגאו' ובזרוע עכ"ל אמרי מימר לא חן לו ואין הובטין במקלות ، לשון אחר דאמרי לנגזל מי יימר כדקאמר' עכ"ל רש"י ז"ל יע"ש מוכח מהכא דטעמא דלסטי' נכרי לא מיאש משום דכשמוליכו ללסטים נכרי לפני דייני נכרים דייני בגוות? וכמו שפרש"י ז"ל אי משום דהובטין במקלות ואי משום דאין שואלין ממנו מהגנגזל עדיה ורא"ה מש"ה יכול להציל מיד הלסטים ההוא בנקל ומפני כן לא מיאש ודין זה פסקו הרמב"ם בפ"ו מהל' גזילה והש"ע בסי' שס"ח ומינה דבנ"ד דליכא הני תרי טעמי דאין מי שיעמו' לדין עמו דמלך כזה שהוא שליט בעירו אין דנין אותו כי מי יאמר לו מה תפעל הא ודאי דאף בסתמא מתיאשים הבעלים ממנו ודומה ללסטים ישר' וכ"ש דלפי מ"ש הסס"ג והרב מהרשד"ם ח"מ סי' קנ'ז ומהרא"ש סי' ק"מ הובא במרן ההבי"ב סימן שס'ח הגה"ט אות ז' דהאידנא במלכיות שנם הגויים אין מוציאין מן הגנב ומן הגזלן אלא בעדו' ברורה כמו הישראל לעולם בין גזלן גוי ובין גזלן ישראל מסתמא הוי יאוש יע"ש , הא ודאי דבנ"ד גם כן אף אם השר היה מקבל עלין שידונו אותו הנה היה יכול להשתמט מן היורשים באומרו שלא נכנס ברשותו מנכסי הגביר זלה"ה מאבנים טובות ומרגליות מאומה ולא היו יכולין היורשין לברר הענין ע"י עדים וראיה כלל הא ודאי מסתמא מיאשי והרי הוא כמבואר ובפרט דכיון דכל שר במלכותו הוי כמו מלך ומי יאמר לו מה תעשה הא ודאי דמיאש טפי מבלסטים ישר' וכמ"ש הרשב"א בתשו' בה"א סי' אל"ף וקי"ה יעי"ש וא"כ נמצא דכל מה שתפס לעצמו גי' משה נ"ע מהנכסי'הרי הן שלו כיון שכבר נתיאשו שאר היורשי' מהם וכמ"ש וא"כ זכה גי' משה נ"ע

וכיוצא בזה פסק מוהר"ם הובא במרדכי פ' הגוזל בתרא סי'קע"א וז"ל על דליקה שנפלה בעירכם והאש היתה קופצת לכאן ולכאן וברחו בני אדם מפחד הדליקה ועמד יהודי אחד והציל ספר אחד ובעליו ברחו מן העיר אינו חייב להחזיר לבעלים דאמר מהפקרא קא זכינא כו' עי"ש ותשובת מהר"ם הלזו הביאה ההבי"ב סימן רנ"ג הגה"ט אות ב' יע"ש וה"ה בנ"ד דמאחר שהנכסי'באו ליד גי' משה אחר שנשמע ונודע להיורשין ענין הגזירה מהריגת הצדיק המלך חיים מ"ך הא ודאי דזכה ואף אם נאמר דהנכסים שבאו ליד גי' משה היה

היה קודם שנודע שגזירה ליורשים הנה מאחר דאחר כך נודע להם הרי מסתמא נתייאשו וממילא זכה גי' משה בשלו ואפי' דבא לידו מעיקרא באיסורא הנה מאחר דאיכא יאוש ושינוי רשות אף דהוי יאו' אחר השינוי רשות קנה וכמו שפסק מרן בסי' שנ"ג ס"ג וכבר כתב הרשב"א בחי' לקמא דקי"ל דכל שבא לרשות אחר השיב שנוי רשות ואין צריך שיהיה ביד לוקח באמצע ע"ש בחי'

הן אמת לעדין לא יצאה מזור לנ"ל דהרו' יראה פלוגתא דרבוותא שהביא הטור שם בסי' שנ"ג שעי"ש וז"ל ואם יש עם היאוש שינוי רשות קונה והרמב"ם כתב דאינו קונה אלא לענין שאינו צריך להחזיר גוף הגניבה אבל צריך ליתן דמיה וכן כתב הרמב"ן והר' יצחק כתב שקונה לגמרי ואין צריך ליתן אפי' הדמים והכי מסתברא עכ"ל ודברי הרמב"ם הם בפ"ב מה' גניבה יע"ש וכתב הב"י שם וז"ל כת' הרשב"א בפ' הגוזל בתרא גבי נטלו מוכסים המורו כו' שהראב"ד כת' דאע"ג דיאוש ושנוי רשות קונה דמים מיהא בעי לאהדורי משום דבאיסור' אתא לידיה דיאוש כדי לא קני ואע"פ שכת' הרי שזה עיקר עדין צריכה תלמוד דיאוש ושינוי רשות משמע בכוליה תלמודא דקני קנין הגוף דאי לא הא דאמר להו רב הונא להנהו אוונכרי כי זבניתו אסא מנכרים ליגזזו אינהו כי היכי דלהוי יאוש בידא דידהו ושנוי רשות בידיכו מאי אהני דהא מ"מ האי אסא לא מקניא להו קנין הגוף דהא אינה אלא כמשכון לבדמים בעי לאהדורי ואנן בעינן ביום הראשון לכם עכ"ל והר' גד"ת ד' רפ"ה נתקשה בהבנת דברי הרשב"א והר' כנ"הג הגב"י שם עלה מן הישוב בהבנת דברי הרשב"א ע"ש

באופן דהוא פלוגתא דרבוותא' אי קנו קנין גמור או צריך ליתן הדמים ואפשר' מהר"י מטעהלון הובא בכנ"הג שם הג"הט אות ט' כתב דמלי המוחזק לו' קי"ל כש'ר"י והטור הנה הרי מרן תפס לסברת הרמב"ם ז"ל וכיון דאתריה דגי' מרדכי ה"י לייני כהוראת מרן נמלא דלריך ליתן הדמים

הן אמת דהיה מקום לומר דס"ל היכא דהגזלן ישראל דאז הוא דאמרי' באיסור' אתא לידיה לא כן בגזלן גוי ובהכי א"ש דלא תקשה לש' הלזו מסוגי' דאוונכרי שהק' הרשב"א לדברי הראב"ד אלא דהרואה יראה דטעם דאיסורא דאת' לידיה שייך אף לגבי גוי דאף הם מוזהרים על הגזל

אמנם הרואה יר' דאפשר לומר דלא אמרו דיאוש כדי לא קני ובאיסורי' אתא לידיה כ"א דוקא היכ' דמלי למיקם בהדי' לדינא לא כן היכ' דלא"מ למיקסבהדיה לדינא חזי יאוש דידיה עדיף והשיב כמו הפקר כיון דהסיח דעתו מיניה וכמו כן אם עברו שנים רבות עד שנשתקע שם הבעלים מהגזילה הא ודאי דאותו יאוש עדיף והשיב כמו הפקר כיון דהסיח דעתו מיניה וראיה

לזה מסוגי' לפ' הגוזל בתרא דקי"ד ע"א אמאי דקאמר התם עורות של גזלן אין מחשבה מטמאתן ושל גנב מחשבה מטמאתן ר"ש אומר חילוף הדברים של גזלן מחשבה מטמאתן ושל גנב אין מחשב' מטמאתן לפי שלא נתייאשו הבעלים מהם ופי' רש"י וז"ל ושל גזלן אין מחשבה מטמאתן דלאו דידי' הוא דכיון דידע מאן שקליה מיניה לא מיאש ושל גנב מחשבה מטמאתן דאיאוש מרייהו דלא ידעי למאן יתבעו ׳ חילוף הדברים גזלן כיון דשקליה מיניה בהדיא ולא מלי קאי באפיה מיאש גנב סבר בחיפנא ליה ומשכחנא ליה ועלה קאמר הש"ס מחלוקת בסתם אבל בידוע דברי הכל יאוש קני רבא אמר בידוע נמי מחלוקת ופרש"י מחלוקת בסתם דלא שמעינן דמיאש דבהא פליגי דמר סבר סתם גניבה יאוש בעלים ולא סתם גזילה ומר סבר חילו' הדברים אבל בידוע דשמעינן דמיאש ד"ה יאוש כדי קני בידוע נמי מהלו' דהי נמי שמעיני' דמיאש אמרי רבנן בגזלן דלא הוי יאוש דכל שעת' דעתיה למנקטיה לדינא וכן בגנב לר"ש ע"כ פי' רש"י ׳ הרי מוכח מהאי סוגיא דטעמ' דביאוש כדי לא קני היינו משום דדעתיה עלויה ואע"ג דשמעיניה דמיאש הנה דעתיה דידיה הוא למנקטיה לדינא ואם כן מינה תורה יוצאת דהיכא דלא מלי למיקם בהדיה בדינא כגון שהגזלן הוא אדון הארץ והוא ניהו השליט בה ודאי דיאוש כדי קני והוי כהפקר לענין זה דלא הוי אחר כך כמו באיסורא אתא לידיה ליד הלוקח ממנו וכמו כן גם כן נלע"ד דהיכא דעברו שנים רבות מהגזילה עד שנשתקע שם הבעלים ממנה יאוש דידיה עדיף וחשיב כמו הפקר ׳ ׳ ׳

ועפי"ז אשכחנא פתריה לקושית הרשב"א ז"ל שהק' על הראב"ד מסוגי' דאוונכרי וכנז"ל דהתם שאני דאוונכרי ודאי שלא היו קונים מהקרקעות גזולים שלא נשתקעו שם בעלים ממנה דלאו בשופטני עסקינן אלא שהיו קונים מהקרקעות של גוים שהיו בשופי ביד בעליהן ואפי' הכי אמר להו רב הונא דלא ליגזזו אינהו משו' דסתם נכרים גזלני ארעתא דישראל נינהו ושמא אותם קרקעות היו מישראל וכמו שפרש"י שם בסוכה ד"ל ע"א וקרקע אינה נגזלת וזה מבואר למעיין שם בסוגייא שם דמיירי בקרקעות שנשתקעו שם בעלים מינייהו ומש"ה אי הוה אמרינן קרקע נגזלת היה מועיל יאוש כזה לגביה כיון דנשתקע שם בעלים מנייהו אבל כיון דקרקע אינה נגזלת אינו מעלה ומוריד היאוש אבל אחר הגזיזה מועיל גבי היאוש

והכי דייק לע"ד לשון רש"י שם בסוגיא שכתב וז"ל וקרקע אינה נגזלת כלומר אינה קנויה לגזלן בשום יאוש עכ"ל ׳ ולכאורה י"ל למה לו לרש"י להאריך בלשונו ולומר בשום יאוש הי"ל לקצר בלשונו ולומר אינה קנויה לגזלן ביאוש

אלא

אלא ודאי בלוקח נקטיה לומר דאפי' ביאוש כזה דעדיף טובא שכבר נשתקע שם בעלים ממנה אינה קנויה לו ובהכי מתיישב דלא תקשה להו להרמב"ם והראב"ד מסוגי' דאוונכרי דהתם שאני דיאוש דידי' עדיף והשיב כמו הפקר ולא חשיב באיסורא אתא לידיה ואינו חייב הלוקח ליתן הדמים ומש"ה לכשקדינן ביה ודוק

באופן דעפ"י כל האמור לא כתב הרמב"ם ז"ל דהלוקח צריך ליתן הדמים כ"א בשאר יאוש דעלמא דלדעתיה למיקם בהדיה לדינא לא כן ביאוש גדול דלא מצי למיקם בדינא בהדיה כגון דהגזלן הוא ניהו השליט על הארץ אזי אינו חייב הלוקח ליתן את הדמים ואף שהרמב"ם פ"ה מה' גזילה הל' י"ג כתב וז"ל אבל מלך שלקח שדה או חצר של אחד מבני המדינה שלא בדינא שהקק ה"ז גזלן והלוקח ממנו מוציאין הבעלים מידו ע"כ. אלמא דאפילו לגבי מלכא מוציאין הבעלים מידו

דהנה לא קי"ל אלא גבי חצר או שדה משום דקרקע אינה נגזלת וכמ"ש שם ה"ב אבל במטלטלין הא ודאי דעדיף יאוש לגבי מלכא וכנ"ל וכן ראיתי בהגמ"י שם ובתשו' הרשב"א ה"א סימן אלף וק"ה ובמרדכי פ' הכונס דחילק בין קרקע למטלטלין והובא במור"ש סי' רל"ו ס"ח וכת' הנ"ך שם ס"ק ו' דאף אם גזלם מיד הכותי אין צריך ליתן הדמים לבעלים עיין שם.

ומאחר עלות כל האמור הנה מעתה תורה יוצאת לבגוונא דנ"ד דהפאש"ה הוא ניהו השליט בארץ ולא מצו למיקם דינא בהדיה הא ודאי דעדיף יאוש דידיה ולא היה חייב גי' משה נ"ע ליתן אפילו הדמים דבכה"ג אף הרמב"ם יודה וכאמור והו מה שעלת' מצודתי לכתו' בשורש הא' הנז"ל האמנם אי אתינן להכי אין לו זכיה לגי' משה כ"א בנכסים שהיו בבית הצדיק גי' חיים מ"ך דשלט בהם יד הצורר בשם ברם לגבי נכסי השותפות שהיו בידו כמ"ש בשאלת התובעים כנז"ל הנה בהני נכסי לא שייך בהו יאוש וכמבואר והיה חייב גי' משה לתת להיורשים מנת חלקם עשפ"א

ואולם השורש השני הוא דיש זכות לגי' מרדכי הנז' לומר שזכה מ"א האיש משה נ"ע בכל נכסי את שמלוכה המלך חיים מ"ך מטעמא אחרינא הן בהנכסים שבבריחו הוא והאלמנתו של הצדיק ז"ל והן בכל נכסי השות' שהיה בידו והוא מטעם הרוגי מלכות דנכסיהם למלך כידוע והוא כיון דהפאש"ה של עכ"ו הוא ניהו השליט וכמו מלך ממש בארצו ואף שהוא תחת ממשלת אדונינו המלך יר"ה שנקוס'טא הנה כל לגבי דידיה בארצו הוא ניהו השליט וישבידו להמית ולהחיות ואין צריך ליתן רשות לפאש"ה הא ודאי הכל לגבי דידיה בארצו דינא דמלכות' דינא והרמב"ם פ"ה מהלכות גזילה שיאו השור כוס"י ש"ע כתב לענין דינא דמלכותא וז"ל במה דברים אמורים במלך שטבעו יוצא באותן הארצות

ושהסכימו עליו שהוא אדוניהם והם עובדים לו אבל אם אין טבעו יוצא הרי הוא כגזלן כו' וכתב מרן והוא פשוט. ולא תימא דדוקא היכא דאינו תחת ממשלת גדול מלך תקיף ממנו לא כן בנ"ד דהיה תחת ממשלת אדונינו המלך שנקוס'טא יע"א הגדול ממנו דסוף סוף במקומו יש לו רשות להמית ולהחיות כי המלך הגדול שנקוס'טא אין דורש ואין מבקש ממנו מהפאש"ה אלא קצבתו הקצוב לו לשנה כידוע ואף אם לפעמים עושה הפאש"ה דבר שאין רצונו של מלך הגדול כונתה אחר שהמלך הגדול השליטו בארצו הא ודאי דאינו מוחה בידו ומסכים הוא על כל מעשיו אחר שכבר עשוהו.

וזה ראיתי להרב מהריק"ש ז"ל שכתב בסי' שס"ט וז"ל בגמרא פ' הגוזל בתרא אמרו שלוחא דמלכ' כמלכא ומלכא לא טרח ולמדנו דאע"פ דלא עביד שלוחא כדפקיד מלכא דינא דמלכותא חשיב דהוי דינא ונ"ל הטעם שכך הוא רצון המלך שיעשה שלוחו הנמלא במעשה כמו שיראה לו ושפו' הוא ע"כ ועל מ"ש הטור והוא שמטבעו יוצא כו' כתב עוד הרב מהריק"ש וז"ל הרי ברור דבמטבעו תלייא מילתא להקרא מלך וה"ד למי שממנה בעדו בדין עורפ"י והם הבאש"אם של מצרים וזולתם עכ"ל הרי דכל הבאש"אם שהם שלוחי המלך חשיבי כמלכים בארצם וכדברי הר' מהרי"קש הנז'.

ואין לומר דהיינו דוקא היכא דיש לו בית מטבע בארצו וכמו שידוע שהיי"ל להפאשה של מצרים דהמדקדק בדברי מהריק"ש ז"ל יראה דלא תלי טעמא בהכי ועוד דמעיקר ראיתו מהביא דשלוחא דמלכא מוכח דאפי' דהוי שליחא דמלכא ושליחא בעלמא דהא התם מיירי בזרהורי דמלכא לגבות המס דאין להם בית מטבע וכן כתב הרשב"א בה"א סי' תרל"ו דכל שלטון השר הממונה בעירו ומושל במקומו דינו דין והראיה תדע דקטלי דקלי כו' כלומר הפקידים הממונים ומדהבי' ראיה מהתם מוכח דאף היכא דהוא תחת ממשלת מלך גדול ממנו וק"ל וא"כ מאחר עלות דהפאש"ה של עכ"ו היה בארצו כמלכא א"כ אחר דכעס על הצדיק ז"ל ופגע בו מדה"ד והרגו אל נקמות ה' כו' הרי חשוב כמו הרוגי מלכות דנכסיהן למלך וכמ"ש בסנהדרין דמ"ח ע"ב ת"ר הרוגי מלכות נכסיהם למלך הרוגי ב"ד נכסיהם ליורשין ר' יהודה אומר אף הרוגי מלכות נכסיהן ליורשין כו' ופריך הש"ס בשלמא למ"ד נכסיהן למלך היינו דכתיב ברך נבות אלהים ומלך אלא למ"ד נכסיהן ליורשין כו' למה לי המלך ולטעמיך אלהים ל"ל אלא לאפושי ריתחא ה"נ לאפושי ריתחא ע"כ וידוע דהלכה כרבנן דנכסיהן למלך ופסק כן הרמב"ם פ"ד מהל' מלכים הל' ט' יע"ש וכיוצא בזה פסק הרמב"ם פ"ה מהל' גזילה הי"ג וז"ל וכן מלך שכעס על אחד מעבדיו ושמשיו מבני המדינה ולקח שדהו או חצירו אינה גזל ומותר ליהנות בה והלוקחה מן המלך הרי הוא שלו ואין הבעלים מוציאין אותו מידו שזה דין המלכים כלם ליקח כל ממון שמשיהם שכועסין עליהם

עלייהם והרי המלך הפקיע שעובדו ונעשית חלר זו כהפקר וכל הקונה אותה מאת המלך זוכה בה עכ"ל וכתב הרב המגיד ז"ל זה מבואר שהרי הרוגי מל' נכסיהן למלך וכדאיתא בסנהדרין כו' יעו"ש ודין זה הכהו מרן סי' שס"ט ס"ח ומור"ם בסי' רל"ו ס"ט באופן דלפי דברי ה"ה דדין זה שהמלך שכעס על אחד מעבדיו הוא נלמד מההיא דהרוגי מלכות ממכ"ש נמצא דמרן דהכהו דין זה דמלך שכעס ס"ל דין זה דהרוגי מלכות נכסיהן למלך נמכ"ש וכאמור

וחנה יש להקור אם המלך כעס על איזה מעבדיו והרגו ולפי דבריו הוא שמרד בו ומש"ה הרגו אבל אין לו עדות שמרד בו אי הוי נכסיו למלך והנה ממאי דפריך הש"ס בסנהדרין שם בשלמא למ"ד נכסיהן למלך היינו דלאיב ברכנבות אלהים ומלך כו' ולפי פי' הרמ"ה שה ירחם לאור' דצריך שיעידו בו עדים שיהיה מורד במלכות כדי שאז יהיו נכסיו למלך אבל מההיא דמלך שכעס על עבדיו מוכח דכל שהמלך כעס אף אי לית ליה עדים רשאי להפקיע ממונו דדוקא היכא שאנו רואים שלא היה כעס עליו כ"א כי רלה ליגזול בהכו הוי אמכונתא דמלכא אבל כשאנו רואים שהי"ל כעס וכ"ש שהפגעה בו מד"לד הא ודאי דנכסיו למלך והרואה ירחה למרן שם דלא הצריך שיהיה עדות למלך על המרד שמרד בו שבכללו בא הכעס הוא ועל כרחיך נ"ל כי היכי דלא תקשה ליה מסוגייא דסנהדרין הנז' נ"ל דהתם דוק' במלכי ישראל דלא הורשה הרשות להמלך להורגו ולהיות זוכה בנכסיו בשביל שהוא מורד במלכות כ"א ע"י עדים דוקא ברם במלכי או"ה דינא דמלכותא הוא בנימוסם שהמלך נאמן לומר שמרד בו באיזה דבר ובענין הנוגע לו מהמלוכה והוא נאמן לזכות בנכסיו בלתי עדות וראיה ודבר זה קיימתיו מסברא והאיר ה' את עיני שיש ללמוד כן מתשוב' הרב מהרימ"ט ז"ל שאכתוב לקמן בע"ה ،

והנה שמתבאר מדברי הרב מהר"א גאליקו בתשו' כ"י הובא בכנה"ג סי' שס"ט הנה"ע אות ל"ב הוא דזכות זכיהו של הרוגי מלכות עדיף ממלך שכעס דכתב וז"ל לא כתב הרמב"ם כן אלא דוקא במלך שכעס בשמשיו ועבדיו אבל באחד מבני המדינה בכעס בעלמא לא סגי אלא א"כ הוא מהרוגי מלכות וגם מדהביא מרן דין זה דמלך שכעס בזמנים הללו דאין מלך בישראל מבוא' דמקור דין זה דהרוגי מלכות שמשם אנו למדין למלך שכעס הוא שייך אפילו במלכי א"ה،

ואף במדברי הרשב"א ה"א סימן אלף קנ"ט יראה דיש מקום לספק אי דין זה דהרוגי מלכות נכסיהן למלך נוהג בא"ה הנה מדברי מרן מוכח דנוהג אפי' בא"ה וע' להרשב"א סימן תרי"ב ועיין בט"ז י"ד סימן קנ"ז ס"ק ח' דמוכח מדבריו דנוהג אף בא"ה ،

ועוד ראיתי להקור אי האי דינא דזכיה דהרוגי מלכות כו' אי הוי משעת הריגה

שהרגו אף דעדיין לא הרזיק המלך בנכסי ההרוג או אפשר דלא הוי זכייתו של מלך כ"א אחר שהחזיק המלך בנכסים ובאו לרשותו ונפקא מינה בהקירה הלזו למי שהיו בידו מנכסי ההרוג בתורת שותפות או מלוה או פקדון אי מצו היורשים ליטלם מידו

ובחפשי באמתחות הפוסקי' מצאתי שכבר עמד בהקירה הלזו הר' מהרימ"ט בתשו' הובא בתשו' מהרח"ש ח"א סימן נ"ד ופשיט לה דאף דבמלכי ישראל שורת הדין נותן דאין לו זכיה אלא משעת הזקה ואילך הנה במלכי או"ה הוי זכייתו בכל הנכסים משעת ההריגה ומטעם דינ' דמלכו' דהמלך זוכה בנכסי ההרוג משעת ההריגה

והנה נדון הרב מהרימ"ט ז"ל בתשו' הנז"ל היה על אודות התביעה ומאמר המלך יר"ה שנגזרה על עוב"י שאלוניקי על ענין הבגדים ביילי"ק שהיו נעשים שם לצורך המלכות כידוע וע"ז התעללו עליהם מלך המלכות יר"ה באומרם שהיה זייוף בדבר בערך הבגדים כי היה נמכר ביוקר למלכות כפי הקוסט"י העולה בידם יצרך הבגדים אחר ההוצאות ועל זה נגזרה גזירה מאת המלך שילכו שלוחי ההשגחה של הבגדים עד לפני שער המלך אשר בעיר המלוכה קוסט"א ולהראות בענין עבודת המלך ולזה בררו תושבי שאלוניקי יע"א שלוחים בעדם שהם משמותם ונתנו להם כח יפה ורשות מעליא להוציא הוצאות בכל המצטרך לחשבון כוללות העיר ואפי' ע"ם שלשים מאות וגם נתחייבו שאם באולי יבא לאיזה מהשלוחים שום נזק והיזק לסיבת השליחות לפרוע פרעות הכל מנכסי כוללות העיר וכן בעון נגזרה גזירה כי המלכות הן קדם ביום ס"ק עשו מיוא"ט לבגדים שהלכו הכוללות בשנה היא ולפי מה שעלה נקב"ץ פחת ערך הבגדים ממה שנמכרו במיוא"ט למה שהיה קונה אותם המלך היו תובעים מהשלוחים וע"י שאחד מן השלוחים ההם היה תובע מאתם טענה הוקה באמרו שיבאו שמאים וישומו ערך האיסטי"ם והצמר והמלאכה ויראום השווי כאמיתי הנה נקנסה עליו מיתה מאת המלכות על הטוען ההוא וזוהי סיבה שנתן המלך עיניו ונטל נכסיו כדין הרוגי מלכות כו' ועל זה היו תובעים היורשים מאת כוללות העיר הנזק שהגיע להם להנכסים הנז' מחמת ההריגה שנמשך מכח השליחות ועל זה בא הרב מהרימ"ט ז"ל אחר שהעמיק וכתב דהחיוב היה שריר וקיים מטעם היותם רבים המתחייבים וגם שהנזק מחמת ההריגה לבר אסיקו אדעתייהו הנה כתב ז"ל עדין יש מקום פטור להמתחייבים לומר שאין בלשון החיוב שנתחייבו אלא אם יבא לאיזה מהם שום נזק והיינו בחייו אבל נזק הבא לאחר מיתתו לא נתחייבו שאין הנזק מגיע לו אלא להיורשים דכי מית נפלו נכסי קמי יתמי ומסתבר' דבלה"ג משעה שנגזר' עליו גזיר' אבדו נכסיו דמידע ידיע דהרוגי מלך נכסיהם למלך ואין בניו יורשי' אותו כי המלכות קרוב מהם כדאיתא בס"פ נגמר הדין וגמרינן לה מדכתי' אשר ירד שם לרשתו אעפ"י בהרבה

שהרגה בנים היו לו אלמא הוא קודם לירושה ואעפ"י שאני מסתפק בזה אם לאמר מטעת מיתה זכה המלך בנכסים או לשיחזיק בהם כו' דאפשר לדקדק דהכי משמ' קרא אשר ירד שם לרשתו בירידה לשם ירושה דומיא מאי דאמרינן בפ"ק דקדושין כו' וכן אני מסתפק אם משפט זה נוהג בא"י שכבר ראינו תשובה להרשב"א כו' ، מ"מ בין הכי ובין הכי מאחר שמשפט הארץ הוא להם אף אם לא יהיה מד"א יהיה מדינא דמלכותא כדאמרינן פ' הגוזל בתרא דקטלי דקלי ועברי עלייהו מדינא דמלכותא הילכך מה"ט בעתא שנקנסה עליו מיתה נקנסה על נכסיו ג"כ וכמאן דמקלי דמי כדאמרי' בהגוזל בתרא כו' ה"נ מטעת גזירה אבדו הנכסים והפיר הוי בכלל כל נזק והפסד שיבא לאחד מהם כו' ועוד כתב שם וז"ל ועוד יש לבע"ד לטעון שזה היה פשיעה ממנו שפשע בנפשו שהרי האחרי' האמירו ואמרו לו כי בנפשם הוא אם לא יודו להם לתת השכו' שנתחייבו ואילו מהם כו' וכבר הי"ל רשות מהם לתת ולפזר עד שלשים מאות ונמצא שהבל בעצמו ולא הועיל כלום ، זאת לא זאת כי דעת שפתיו ברור מללו שהממונה שהיו תובעים מהם היה לפי שיעור מה שעלה לפי השבון פחת ערך הבגדים בשנה ההיא מתה שהיה המלך פורע להם עפ"י מה שעלה המי' זאט ביום ש"ק והוא היה טוען שיבואו מאתים ויבומו ערך האיסעים והלמר והמלאכ' ויראו שווי האמיתי וע"ז היה מתמרמר ואומר כי אם יאותו להם לתת השכום בשנה זו אח"ך יגלגלו עליהם את השנים בעד שנים שעברו וזה היה קשה לו מר ממות וכל בעל שכל יבכוע כי טענה חזקה היא ושסבור היה לפייסם בשוחדות עד כדי דמיהן אלא שהעון גרם ונטרפה לו השעה כ"ז שכתבנו ע"פ החיוב שנתחייבו טובי העיר עם האנשים האלו שכל נזק שיבא להם מסיבת השליחות עליהם לפרוע וזה יונן אף אם יעלילו על אחד מהם בעול והמס כיון דלסיבת בואם בשליחות מאלו מקום ואם הסתיר פניו היה נמלט כדאמרינן התם ערוקו ערוקו כו' עי"ש

הנה נא הבאתי את דברי הרב מהרימ"ט ז"ל בלשונן ובקומתן כי ממנו תוצאות חיים כמה הלכתא רברבתא הא' דאין לחלק בין מלכי ישראל למלכי אה"ע והב' דמתבאר מדבריו דאף שהריגתו היה בעלילה בעלמא ולא היה מרד בדבר אפ"ה נכסיו למלך מדכ' בסו"ד וז"ל וזה יונן אף אם יעלילו על אחד מהם בעול והמס מש' דאם לא היה מוכן מתוך היותם זה לא היו חייבים בנזק הזה מאחר דלא היה ההריגה ע"י מרד כ"א בעליל' בעלמ' ועוד דהענין מוכן מתוכו מתוך דברי הרב מהרימ"ט דגופ' דעובד' הוא דכל התביעה ההיא היה עלילה ואפ"ה עכ"ו כניפשר' מהרימ"ט האי דינא דהרוגי מלכות כדי להייבם ועו' נה שליטיה למדנו מדבריו דמטע' מיתה זכה המלך בנכסים וטעמא דכיון דהכי הוא משפט הארץ אצלם הוי הדין לדינא דמלכותא כו' וכן מצאתי לה"ה מהר"א נחמיאש הובא בתשו' מהר"א שמון סי' קמ"ו דמשפט פשיטא ליה דמטעת מיתה זכה כו' ע"ש בתשו'

המורם מכל האמור דדין הרוגי מלכות דנכסיהם למלך הוא נלמד מתוך פסקו של מרן במש"ש וכנז"ל ומבואר דל"ש בין מלכי א"ה לישראל ، וגם שאפי' שהאנס'ה בארצו יש לו דין מלך ، וגם שאינו צריך עדים ודאיה שמרד בו וגם שנוהג דין זה אפי' אם הרג אינו אחד מבני עבדיו ומשרתיו כ"א אחד מתושבי ארצו אשר תחת ממשלתו וגם שמטע' מיתה זכ' בכל הנכסי' היכא דאיתנהו ואפי' דלא החזיק בהם ולא אתו לידיה וטעמ' דכלהו אסברא לן הרב מהרימ"ט משו' דכיון דהכי הוא משפט הארץ אצלם בנמוסי המל' חזר הדין לומר דדמ"ד כו' וא"כ תורת הדין נותן דכל הזוכה אה"ך בנכסים הן ע"י מכירה או מתנה והן ע"י שגזלם והבריחן ממנו אפ"ה אית ליה זכיה ממנו וא"כ ליכא שום ממון להיורשים כי לאו יורשים מקרו כי המלך הוא ניהו היורש ונמצא שהלוקח ממנו או המבריח הרי הוא כזוכה מן ההפקר וכן ראיתי להרב מהרא"ש סי' קמ"ז ולהרב מהר"א נחמיאש הפו' שהובא בס' ש"ר המשכים עמו שכתבו בנ"ד על ר' שנהרג במצו' המלך ונפל נכסיו קרקעי ומטלטלי לקחם המלך ומכרם להתוגרמים ואח"ך קם ש' וקנה מאת התוגר' אחד מהקרקעו' ויורשי ר' הנהרג קמו וערערו על ש' הקונה על ענין חזקת קרקע ההוא והשיב הרב לזכות ש' הקונה ועיקר הטעם אשר סמך עליו הוא דכיון דכל נכסי ר' הנהרג נלקחו למלכות א"כ הך חזקה נמי נכסי מקרי ، וזכה בה המלך והקונה אותה מכח המלך הוא בא ואין ליורשי הנהרג בה זכות ע"כ והרב המשכים שם אף דבמאי דקיימא לן הך חזקה נכסי נינהו אמוריו וס"ל דכיון דבדיניהם אין חזקה נקראת נכסי חוזרת החזקה להיורשים ، מ"מ בעיקר הדין אף הוא אזיל ומודה דכל מידי דהוי נכסים וממון זכה בו המלך וכל הבא מכחו ואין ליורשי הנהרג בו כלום דמטעת מיתה והריגה זכה בו המלך וכמו שע"ש ומתשו' זו נסתייע הרפ"ת בח"ב סימן ס"ט ודן את הדין כיוצא בזה לנדוננו ע"ש ، ועיין בתשובת הרב מהר"ת אלשיך סימן ס"ז

ומאחר הודיע אלהים אותנו את כל זאת הנה תורת הדין נותן לבנ"ד יש מקו' לזכות לגי' משה הן בכל מה שלקח על ידי הבריחם מאת האנס'ה והן בנכסי השות' שהיה בידו מחלקו של הנהרג הצדיק את המלוכה דכיון דנהרג ע"י האנס'ה אשר היה הצדיק תחת ממשל' א"כ הא ודאי דכל נכסיו ובית נכאתו הוא להאנסה וכדין הרוגי מלכות וכנז"ל וא"כ אף אי יהיבנא להו כל דילייהו להיורשים דיש ביד גי' משה אלף אלפין דינרי זהב הכל הוא שלו דזכה מן ההפקר וכנז"ל

ועוד יש מקום וטעם אחר לזכות לגי' משה וגי' מרדכי הנז' בחלק השותפות דכיון דלא עמד בדין הגי' משה הנז"ל בעודו בחיים ע"ד השותפות הנה מלבד כי לא נתברר הזכות שהיה

שהיה בידו ליכא למיקם עלה דמלתיה הנה אפילו היה הדבר מבורר כיון דלא עמד בדין ולא נכתב פתקא דבי דינא על זה א"כ ה"ל מלוה ע"פ דאינה גובה מהיורשין וכמו שפסק מרן בסימן ק"ח ס"א ואף מיש לפטר שותפות בהזקתו שלא נקרע הא עדיין ה"ל כמו בהיא דשטר כיס היוצא על היתומים דלגבי חלק הפקדון יכול לפטור בטענה הזרתי בניגו דנאנסו כו' ובגוונא דנ"ל הכל הוא פקדון כיון שהיו כולם מתעסקים כידוע

ואף שהרב מהרשד"ם בחו"מ סימן ל"ו כתב דדוקא לגבי מלוה חיישינן שמא פרע אבל בשותפות לא טענינן שמא פרע יעו"ש הנה כבר כתב הר' כנה"ג בסימן ק"ח הגה"ט אות ה"י דהיינו דוקא כשידוע שמעון זה הוא משותף אבל אם אין ידוע שמעון זה הוא משותף אלא שהיה שותפות ביניהם טענינן שמא פרע ושייכמשפט לדק ח"ב ועי' להרב כנה"ג בסי' ק"א הגב"ט אות ה' במאי דשקיל וטרי בתשו' הרא"ש יעו"ש ויש לי אריכות דברים עליו והנה כמוש עמדי במקום אחר לא ע"ע האסף פה באופן דהמעיין בספרי הפוסקים הנז"ל יראה דבשום אופן אין להוציא מיד היורשין אלא בהלה מתלת; וכנז"ל וכיון שכן בנ"ד לגבי חלק השותי הא ודאי דאין שום צד לחייבו להגי' מרדכי היורש הנז"ל ואף לגבי חלק מה שחייבוהו ב"ד של שנים אחריות גברו כל לגבי דידן אין שום צד לחייבו ליורש גי' מרדכי ומאי דהשיב ליה הר' הפוסק כמהר"שחוןכשמתוהו ונות במתיה לא שמיע לן כלו' לא סבירא לן

ופוד גם כי איעיקרא דמילתא בהגלות נגלות מה שהאיר ה' עינינו והעלינו על שלהן מלכים טעם הדם לזכותו לגי' משה מטעם זוכה מן ההפקר ומהנך שרשים הנז"ל א"כ מנילא אזלא ליה המעב"ד הנז"ל וכל קבלותיו שקבל לדון לפני מלכי' לכסא יושבי על מידין הנס שהיו הכל בקנמ"ך ובש"ח אפ"ה אזלא לבו דהוי כמו קגנ"ך וש"ח בטעו' דכל קבלותיו היה בחושבו דהיה זכיה לשאר היורשי' באלו הנכסים ובעלי דין דידיה היו' דכיון דראה להרבנים יושבי על מידי'ן דלא העלו על דל שכתות' לזכותו מהאי טעמא מש"ה הוא שטעה שיש זכות להיורשי' לתבו'ע ת'בע מידו לא קלהיו' הוה בהגלו' נגלות כל הנז"ל הא ודאי דכל קבלותיו מאפס ותהו נחשבו כיון דהיה בטעות והוזר

וביוצא בזה הוא ההיא דמהר"ם אלשיך ז"ל סי' י"ל הובא בכנה"ג ח"מ סי' כ"ה הגה"ט אות ס"א דאם טען דלא אסיק אדעתיה שהיה הדין עמו אי עביד למעעי נאמן וכל היכא דאמרינן ביה דהוי קנין בטעות אף אם נשבע פטור מהשבועה דקנין אין כאן שבו'אינכאןוכמו שמתבאר מדברי הר' כנה"ג ס"ק פ"א ופ"ב ע"ש וזהא דקנין בטעות הוזר לאו דוקא לענין פשרה ומחילה אתמר כ"א אף לגבי מה שקנו מיניה מד"אוכ,מ"ש החבי"ב שם אות ד"ין משם תשו' רש"ל

וכי תאמר בבלנך עדינלא יצאנו י"ה בזה לזכותו לגי' משה מטעם זוכה מן ההפקר ובכל הנז"ל דפא תינח אם היה הוא המבריח הנכסי' מבית הגביר והוא ניהו היה הזוכה הראשון אבל במונח דאפסקיה אחר היא הגברת אלמנתו של המלך הייס ז"ל כי היא היתה המברחת ובחיקה ימא כל האבני' טובות ומרגליות וכל הדינרי זהב הנז"ל אלא לעל ידי שמתה בדרך וזהי סיבה משה יקח את האבל את כל הנכסים ובמ"ש בשאלה נמלא שהיא היתה הזוכה הראשון בהני נכסי לזה אמינ'מילת' דתתקבל דמלבד דלפי זה שאר היורשים לא בע"ד של גי' מרדכי נינהו כ"א דוקא יורשי הגברת וכל לגבי דילהו יש לו להגי' מרדכי הנז' מקום פטור דמאי יימר שהיא היתה הזוכית הראשונה כי הדבר ספק ואנחנו לא נדע ובפרט כי הגי' מרדכי הנז' יפיים אותם ליורשי האלמנה כאשר יהיה האוכן ונמלא לפ"ז דהתובעים הנז' בשאלה לאו בע"ד דיליה נינהו

הנה עוד זאת כי איעיקרא אמיתותן של דברים וקושטא קאי שאם הגברת הנז' היא היתה המברחת את הנכסים תחילה עכ"ז הגי' משה ובניו אחריו הם הם הזוכים בנכסים אלו ואינזוולתם וטעמא כיון דהגברת לא כוונה לזכות בהני נכסי כלל כ"א שהיתה הוסבת שהוא לזכו'היורשי' כי לאו כ"ע דינ'גמירי וכ"ש אשה בכל אלה וכל מה שהבריח' מהנכסים הוא כדי לעשות טובה עם היורשים שיעשו טובה עמה לפי כבוד בעלה לפנים מהשורה ונמל' שלא נתעסקה בשום לד זכיה לעלמה לא כן הגי' משה הנז' לפי דברי התובעים הנז' ולפי מה שכתבו עליו שטנה שכוונתו היה ליקח את הכל לעלמו נמלא שהיה מתעסק בזכיה ואף שכוונתו היתה לזכות בגזילה ולא בזכית הפקר הנה סו' סוף הרי מתעסק בזכיה ומה בכך לא כן הגברת שלא היתה מתעסקת בזכית כלל לעלמה

ונראה להביא ראיה לזה שכתבנו מסוגיא דיבמות דנ"ב ע"ב דאמרינן התם תניא אידך הכולק ליבמתו וחזר וקדשה רבי אומר אם קדשה לשם אישות לריך הימנו גט לשום יבמות אינו לריך הימנו גט והכ"א בין שקדשה לשם אישות בין שקדשה לשם יבמות לריכה הימנו גט אמ' רב יוסף מ"ט דרבי עשאוהו כעודר בנכסי הגר וכסב' שלו הן דלא קני אמ"ל אביי מי דמי התם לא קא מכוין למקני הכא קא מכוין למקני הא לא דמיא אלא לעודר בנכסי הגר וכסבור של גר אחר דקני כו' עיין שם ודין זה פסקו מרן בח"מ סי' ער"ה סכ"ב וסכ"ו דיש חילוק בין מכווין לקנו' לאין מכוין לקנות ע"ש וה"נ בנ"ד כיון דהאלמנה לא נתכוונה לזכות והגי' משה היה מכוין לזכות הא ודאי כי הוא ניהו הזוכה ואף דהיתה כוונתו לגזול לפי דברי התובעים ולא היה מתכוין לזכות מן ההפקר הנה ס"ס מכוין לזכות מקרי ואילו' ואילי חד וזכיה מקרי וכן מוכרח מהסוגיא שם דפריך אביי דאף אם קדשה לשום יבמות ולא לשם אישות וכן לביפךמכוין לזכות מקרי וזכה מטעם אישות כו' ע"ש וא"כ בנ"ד נמי דהאלמנה לא כיוונה לזכות ואף אם באו הנכסי'

הנכסים לידה ממש לא עדיפא ידה מאחר קניינים של שלא כיוונה לזכות וכמו שמתבאר כן מדברי הרב מה"א הל' קנין משיכה סי' ד' ע"ש לא כן גי' משה דמיהדר אזכיה לזכות וכנז"ל

ועוד דלא יהא אלא דלא נתכוון לזכות כלל וכמו שכן הוא האמת דלא נתכוון לזכות בנכסים וכמו שהארכנו לעיל הנה סוף סוף הן כשיוש הוה הרי גי' מרדכי הנז' מכוין לזכות בכל הנכסים הנז"ל שתחת ידו שהרי הם כהפקר וכנז"ל

באופן שמכל הני טעמי חרילי הכתובים לעיל זכה גי' מרדכי הנז' בדינו ואין להוציא מידו שום כ"ק כלל וכמו שהארכנו לעיל וגם עפ"י הנע' שהלם הנז"ל הרי הוא נקי נדר ונקי שבועה קו"ח ואפי' מה"ש כלל וכמו שיראה המעיין

ומהודענא דאהרי גומרה של תורה את כל הכתוב למעלה וקימתי מלות שילוח לעי"ת שאלוניקי יע"א שמעה אזני כי אהד הכם בעיניו עין לו' ראתה את כל הכתוב מעלה והש"ג ישיג עלי ככל המתבאר להלן כחת דבריו כי איך יתכן בעולם למלות מקום פטור להנתבע בטענה הדבה כי מהפקרא קה זכה מה ב... לבו של נתבע האם הותרה הרלועה להיות מגהרעי הדיינין עכ"לזכל לגבי דידי אילו שלטו מאורות עיניו בסדר טענות מרדכי המסודרות בפסק רבני טבריית העיני בשר לו יראה כי טען גרמו טענה זו של הרוגי מלכות וכמו שיע"ש זאת ועוד כי אשמיט מניה תשו' הרא"ש הביאה הטור בסי' קנ"ד דמלוה לומר לבע"ד לפטור משום מלוה עשה דהשבת אבידה ע"ש וע' להרב נאמן שמואל סי' ק"ן משמע דהיובא רמיא על הדיין לומר דפטור הנתבע כו' ע"ש וע' בתשו' מהרשד"ם סי' מ' ואין לומר דהרא"ש לשיטתיה אזיל שפיר' לשון הירושלמי שהביא הטוח"מ סי' טו"ב גבי רב הונא כי הוה יזי זכו להד בר נש והוא לא ידע ליה פתח ליה ע"ש פתח פיך לאלם דהיינו אפי' לא ידע הבע"ד להביא זכות כלל אבל לדברי הרמב"ם שהביא הטור שם שסובר דלא אמרו כן אלא כשהבעל דין מנקה לומר ... יודע להבר הדברים כו' יע"ש דהרואה ... שלא אסר הרמב"ם אלא בתלמדו טענות את ... של אמת אבל עפ"פ אין הענין גלוי ומפורסם לעיני השמש אם האמת כדברי הנתבע וכהביא דכתב הרמב"ם אפי' הביא עד אחד לא יאמר לו שאין ע"א נאמן והיינו משום דאפשר דהאמת הוא כדברי העד אלא שהתורה לא האמינתו אמנם היכא דהענין הוא מפורסם לכל גופא דעובדא היכי הוה וכגוונא דנ"ד הא ודאי דיש בו משום השבת אבידה וכמ"ש ... ומה שטען החולק דהוי כעורכי הדיינין הנה לפי מה דקאמרו בשבת דקל"ט עורכי הדיינין היינו שמלמ' להבע"ד טענות של שקר כו' והביא דקרינתיה דר' יורנן בכתובות דנ"ב ע"ב דאמר זילו קונו מידי לדוכה כו' וא"ר יוחנן עשינו עצמינו כעורכי הדיינין

היינו משום דבאותה שעה שבא לדון לפניו לא היה הדין עמה כיון שלא היה קלוב עם הרופא ועל ידי עצותו של רבי יוחנן הוא מה שהרויחו בדין אחר שקלבו עם הרופא ונמלא דמעשיו גרמו ומש"ה הוא דחשור היכא דהוא אדם חשוב או היכא דאינו קרובו וכן יי"ל מדברי הריטב"א שהביא הר' בא"ז שם וכן הוא שיטת ר"ע מברטנורה לפי פירו' בתו' יו"ט פ"ק דאבות מ"ח ואף דלהרמב"ם כתב הר' שם דאף ללמדו סידור דבריו וטענותיו דאין בו שקר משנת הסידים שנו כאן אפ"ה היינו משום דסוף סו' אין הענין מפורסם לכל אבל היכא דהענין מפו' שרי משום השבת אבידה ועיין בענין זה בתשובת הרשב"א סימן רפ"ה)

ונלע"ד דמ"ש הרמב"ם ז"ל לחלק בין טענה הוא ללא טען סמך עצמו אסוגייא דבתרא דמ"א דקאמר כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה כו' ופריך פשיטא כו' מהו דתימא האי גברא מיזבן זבנה כו' ושטרא הו"ל ואירכס כו' הילכך לימא ליה אנן דילמא שטרא הוה לך וכגון דא פתח פיך לאלם הוא כו' קמ"ל ופרש"ם דאי הוה טעין הכי מהימנין ליה ע"ש הרי דאף מה שהיינו אומרים לו לא הויא טענה של שקר כל שלא טען איהו אנן לא טענינן ליה כיון דאינו גלוי הענין דהיה ליה שטר אף דהשני חזקה מסייעתו דה"ל שטר ומש"ה גבי יורש ולוקח טענינן ליה כיון דאיכא שני חזקה אשר הם ידים מוכיחות דהוה ליה שטר ומאי דלא טען הוא אין לנו ריעותא כיון דהוא יורש ולוקח ויש לחם חוסר ידיעה אנן טענינן ליה ה"ה היכא דהענין מפורסם לנו שאין אנו צריכין שיטעון הוא דודאי מלוה לגלות דינו משום השבת אבידה ועי' לשון הרמ"ה שם בבתרא שדקדק לומר דכל כה"ג לא טענינן ליה כו' דמשמע הא בגוונא דנ"ד טענינן ליה ומה שהביא הר' זכור לאברהם ח"מ באות דיין לשון הרב חיד"א ז"ל היינו נמי בכה"ג דמלמדו טענות של אמת וע"ן י"ל פן יהשדוהו כו' אבל היכא דהענין מפורסם מודה דשרי לגלות לו דינו משום השבת אבידה וכקראיתי להרשב"א בתשו' ח"ב סי' ת"ד אחר שכתב שמלוה ללמד זכות לנתבע לחזק טענותיו שסבר טען כו' הוסיף וכתב ולא עוד אלא שמלוה לפתוח לו ואפי' הב"ד בעצמו וכמ"ש כגון זה פתח פיך לאלם הוא וכתב וז"ל שגוף דבר הכל לפי מה שהוא הענין ואחר בונת הכל הדברים אמורים שהתורה האמתית לא בחרה רק באמת כו' ע"ש וזהו טעמו של הרמב"ם שירד לחלק בין כשטען הוא ואינו יודע סדר הדברי' דכיון שהתחיל לטעון נמלא שהענין הוא אמת ומש"ה פותחין לו ודוק מינה דה"ה היכא שהענין מפורסם

עוד השיג עלי כי ממציאות לשון מרן ז"ל משמע דדוקא שיבא ליד המלך כו' שכתב יכן מלך שכעס על אחד מעבדיו ולקח ממנו כו' דמשמע דוקא שיבא לידו וכל שלא בא ליד מלך לאו נכסי המלך מקרו כו' עכ"ל והרואה יראה דהשמטתי מניה תשו' מהרד"ם סימן קמ"ה שכתב נפי'

בפי' דלא בעינן שיבאו לידו. והוק' לו לדברי הרמב"ם ז"ל הכ' בלשון זה שלקח מאחד מעבדיו ותריץ יתיב דלאו דוקא שיבואו לידו. ומאי דנקט האי לישנא דלקח כו' לרבותא דסיפא נקטיה דאם היה שלא כדין הנקוק אפי' שבא ליד המלך אפ"ה הלוקח מיד המלך לא זכה. ומרן בש"ע העתיק לשון הרמב"ם א"כ שפיר אלינן לפרש דברי מרן ז"ל כמו שפירש הוא בדברי הרמב"ם וכבר כתבנו לעיל משם הרב מהרימ"ט אשר הובאו דבריו בתשו' מהרח"ש ח"א סי' כ"ד דעלה ונסתפק בהאי דינ' בוזיה דהרוגי מלכו' אי הוי משעת הריגה אף דלא החזיק המלך עדיין בנכסים או לא הוי זכייתו. כ"א אחר שבאו לידו ורשותו ונ"מ למי שהיו בידו מנכסי ההרוג בתו' שותפו' או מלוה או פקדון אי מצו יורשי ההרוג ליטלם מידו והר' ז"ל בהכמתו הרמה מסיק להלכה ולמעש' דאף דגמלכי ישראל בורת הדין נותן דאין לו זכיה אלא משעת הוקה זאילך וכה במלכי הז"ה הוי זכיתו בכל הנכסים משעת ההריגה ומטעם דינא דמלכו' דהמלך זוכה בנכסי ההרוג משעת ההריגה כו' יע"ש וכן יש ללמו' מתשו'. מהרינ"ל ה"ב סי' ד"ן דאילו היה הענין דהלדיקים שנשרפו על קדושת ה' לא היה לשם רשו' מכד הפיפיור דאז היה וזכה הפיפיור בנכסי' מדי' דמלכותא היה פטור ר' אף דהשואל שם היה. בא בטענה דאין לפוטרו. מלשלם כו' הואיל ועדין לא גבו מידו עד אשר גורו על ר' ועל נכסיו כו' יע"ש

עוד השיג עלי דלא אמרי' האי דינא דהרוגי מלכות כ"א דוקא שהרגו בדין ברם אם הרגו שלא כדין הא ודאי גזלנותא דמלכא הוי אפי' מה שבא לידו כ"ש וק"ו מה שלא בא לידו והכא בנ"ד כ"ע ידעי שהרגו שלא כדין עכ"ל לזאת אשיב כי כעת לא מצאתי מהיכן פשי' ליה שהרגו שלא כדין כי אדרבא אפ' מכא דהלדיק היה א' מהיושבי' ראשו' לפני הפאש'ה ורב היליה כי בלאו ע"ז היה מעדי מלכיו ומשקה מלכיו וכמעט על פיו ירנו כל הפאשא'ם שהיו מתמנים בעכ'ו כידוע ומהמת השנאה והפאל שהי"ל להפאש'ה ממנו עילא מלא כי יצא מלפני הלדיק איזה דבר המגיע בממשלת הפאש'ה והשגגה היוצאת וכל לגבי דידיה שנגזת נעשות לו כזדונות ומלא הפאש'ה מקו' להשיבו כמורד בו זאת ועוד כי אפשר שהעידו עליו שהדי שקרי על הלדיק הנז' שקלל במלכו הוא הפאש'ה הנז' וכמעשה דנבות שהעידו עליו אנשי בליעל באמרם ברך נבות אלהים ומלך וכיון שהיה ההריגה ע"פ עדות העדים נמצא דהשתא כדין הרגו אלא שהקולר תלוי בצואר העדים וגודאי דדבר גדול כואת שהפאש'ה יהרוג להלדיק הזה שהיה שר וגדול בעירו לא היה עושה מעשה הלז הכורר כ"א אחר שהביא כמה עדויו לפניו דבודאי לא מרע נפשיה הפאש'ה לעשות דבר כזה ע"י עלילה ושלא כדין ובפרט דהמלך הגדול יר"ה שנקוס'מא את דמו ינקם מידו אם לא היה עדות וראיה בלבד. היה שהעידו שמרד והוא היה הושב כי יקומו עליו כל בני משפחתו של לדיק ויזעקו ויגידו לפני המלך שנקוסטא יר"ה והשב ישיבו לו גמולו בראשו וכיון דאיכות אדוניו עליו לא משקר וכמ"ש הרשב"ז בתשו' ח"ו סוף סימן תתקפ"ב אלא ודאי דהדבר נעשה ע"י עילא ושיבה או ע"י עדות עכ"ל.

והרי אף במילתא זוטרתי אמרינן בעלמא לא מרעי נפשייהו וכמו שיראה הרואה בסוגיא דגיטין דיז"ד ע"ב במתנה דכל השטרו' העולין בערכאות של נכרים כשרים ומאי דפריך הש"ס בשלמ' מכר מכי יהיב זוזי קמייהו הוא דקנה ושטרא ראיה בעלמ' הוא דאי לאו דיהיב זוזי קמיי' לא מרעי נפשייהו וכותבין שטר' אלא שטר' במאי קני ליה בהאי שטרא האי שטרא השפא בעלמא הוא ואמר שמואל דינא דמלכותא דינא כו' עי"ש מבואר מהאי סוגיא ומדברי כל הראשונים שם דבשט' שאינו של קנין כשר בלא טעם דד"ד כו' דלשקרא לא חיישי' כיון דלא מרעי נפשייהו ועי' בתשו' הרשב"א והרמב"ן שהביא מרן בסימן ס"ח מחודש א' ב' ג' ד' שמתבאר מדבריהם שהערכי נאמן להעיד בלאו עדו' עדים כשרי' ודייני' ספר הערכי כשטרו ואפי' הנער שמשים בחריקיה הוא נאמן ועיקר היסוד הוא דסמכינן אחזקה דלא מרעי נפשייהו ולא היה כותב ולא שיה משי' גברא כזה נער בחריקיה אם לא דקי"ל. בגויה דלא היה מסק' ביה כו' ע"ש ואף שלדברי הרמב"ם שהביא הטו' ומרן שם צריכים עדים שיעידו דלא מקבלי שוחדא כו' מ"מ אף הרמב"ם מודה דהיכא דנעשה הדבר ע"י סופרי המלך הרי הם נאמנים וכמ"ש הטור שם ס"ח השטר העשוי בגעורין של מלכות פי' על ידי סופרי המלך אפי' אין עדים חתומים בו אלא אחד ממונה ע"פ המלך כשר מטעם דינא דמלכותא כו' ואפי' להחולקים שהביא מרן שם היינו מטעם דאינו דבר הנוגע לנימוסי המלכו' לא כן בנגוונא דנ"ד דהוא דבר הנוגע לנימוסי המלכות שהיה כל שר בעירו נאמן לגבי האנשים אשר תחת ממשלתו דאי לא הכי לא קיימא ממשלת השר ההוא בארצו והא ודאי דכל שר בארצו נאמן והוא מוסכם אליבא דכ"ע

שוד שכבר בא הדבר מפור' בתשו' מהרינ"ל ח"ד סי' ה"י וז"ל האמנם בנ"ד אמרי' ביה דינא דמלכותא וכדין לקח המלך זה החלר מהמ' הוב שהיה הייבר' זה למלך כיון שאי' הדבר ידוע לכל שפקידי המלך עשו שלא כדין כו' ולאו כ"כ לו' שלקחו החלר נבאי המלך שלא כדין כו' ואפי' לגבי ערכאות שלהם כתב הרא"ש שיש להסתפק כו' וכ"ש בדברים הנוגעים למלכות כי עו מלך משפט אבל מלך במשפט יעמיד ארץ כי לא יעשו כ"א הדין ואמת כפי חוקי המלכות או כפי דעת המלך כו' עכ"ל :

וגדולה מזאת מתבאר מתשו' הר' מהרימ"ט הנז"ל דאף דמוכח שהיה ההריגה בעלילה ולא היה מרד בדבר אפ"ה נכסיו למלך מדכ' בסוף דבריו וז"ל וזה יובן אף אם יעלילו על אחד משם בעול וחמס כו' משמע דאם לא היה מובן וה מתוך היובס לא היו חייבים בנוק ההוא מאחר דלא היה ההריגה ע"י מרד כ"א בעלילה בעלמא ועוד דהענין מובן מתוכו מתוך דברי מהרימ"ט דגופא דעובדא היה כל התביעה' בעליל' ואפ"ה עשאו שניף הרב מהרימ"ט להאי דינא דהרוגי מלכות כדי לחיי' יע"ש והיינו ודאי דהכל הולך אל מקום אחד דכפי דינא

דינא דמלכותא הוא דכל שהרגו זוכה בנכסיו ונאמן הוא לומר דהרגו בדין אף דילעינן גופא דעובדא דהיה בעלילה והיינו משום דקהות דינא דמלכותא וכמו שביאר מהרימ"ט בתשו' הנו"ל וכן נר' לע"ד ללמוד מדברי הרשב"א ח"א סי' אלף קנ"ט בנ"ד דהיה הפרש ביניהם דלפי דברי יהודה המלך חייב מן הדין את ר' הזקן וכשהאחירו לש'בנו היה בהורת שאלה ולפי דברי שמואל היה שראובן הראשון לא נתחייב למלך מן הדין ומי שטוען שנתחייב מן הדין עליו הראיה נמצא דהדבר היה בס' ולא היה למיקם עלה דמילתא ואפ"ה אם לא היה הענין דמוכח מתוך דברי ר' שהעיד על עצמו שהמלך החזיר הביתלאביו הוה' גמורה לא היה מקום לדחו' טענת יהודה אם לא בהכנים עצמנו לבית הספק אם הרוגי מלכות של הו"ה נכסיהן למלך או לא הא אי פשיטא לן דאף בהו"ה ג"כ נכסיהן למלך אין מקום לדחות טענת יהודה ואפי' שמואל בא בטענה נגדו דלא נתחייב למלך מה"ד והיינו ודאי משום לטענ' שמואל לא מעלי לענין דינא משום דאמרינן דודאי הרגו בדינא"ל לזה ראיה וק"ל

עוד השיג עלי כי דין זה של הרוגי מלכות אינו נוהג כ"א דוקא במלך המוכתר בנימוסו בכתר מלכות ולא כן באחד מן השרים שהורג לכבו' או למי שמרד בו ופרעו וכתב כי כבר שאל את כל שופטיהם והם השיבוהו כי כן כתוב בהלכו' מלכים שלהם וכה משפטם ודינם שדין זה של הרוגי מלכות נכסיהן למלך הוא דוקא במלך ממש שהורג לכבודו או שמלוה להשר העומד בעירו להרוג את פ' אזי זוכה המלך בנכסים לא כן כשהשר הורג למי שמרד בו והורגו בלתי רשות המלך אזי אין המלך זוכה בנכסים ונכסיהן ליורשיו וא"כ בנ"ד שהרגו שלא מצוה המלך הא ודאי אם זכה לזקה המלך הוי גזלנותא דמלכא כ"ש וק"ו דבנ"ד לא נגע ולא פגע השר בנכסי' כלל כ"א דוקא שהתם כל האוצרות ויהי בבקר לקול צעקתה נכמרו רחמיו וחזר ונתן אותם במתנה א"כ בודאי כי כל הנכסים בחזקת כל היורשי' קיימי והזר הדינוכי כל מה שבא ליד ג"י מהם מ"ך היובא רמיא להת לכל היורשים הלקם המגיע להם עכת"ד

ואען ואומר כי מ"ש שבנ"ד לא נגע ולא פגע השר בנו'בנכסי'כלל הנה כל לגבי דידי הן לו יהי כדבריו שלא נגע ולא פגע השר כו' הנה דאין האמת כן שאנכי הרואה בטענת מרדכי שכתב בפי' כי בהיות הבקר באו עבדי השר ובזזו איש לו את כל הנמצא ואיימו וגיזמו על האשה אם יש עוד וענתה והמרה כי אין כל בבית ולפי דברי יוסף שאומר שהשר לא נגע בנכסים כלל נמצא דאיכא הכחשה ביניהם שהכחשה גמורה בעיקר המלתא'ואנא נפשאי לא ידעתי למי נאמין איך שיהיה הן לו יהי כדבריו דהשר לא נגע כלל בנכסים והנלו יהי שכפי דינם ונימוסם כשהשר הורג שלא מטעם המלך דלא זכה בנכסים עכ"ז זכה ג"י מהם בכל הנכסים מכח הפקרא דידעתי דיש עדים כשרים דזה השר בעצמו הרג ממחרחיו הערלים ובזז כל נכסיהם ועלו ובאו לתוך אוצרותיו א"כ איפא נמצא דזה השר נהג במלכותו וחוקה חקק חוקים לא טובים לירש לכל מי שהורג אותו וכח יהא אלא גזלנות'דמלכ' הרי הביגלי' איאושי מתיאשי מהנכסים והזוכה ממנו כזוכה מן ההפקר ולא מבעיא היכא שבאו ליד השר ונתנ'במתנ' דזכה המקבל מטעם זוכה מההפקר וכמ"ש הרשב"א בתשו' סימן אלף וק"ב הלא אף שלא באו ליד המל' הכ"ה הזוכה בהם זוכה בנכסים מטעם הפקר וכמ"ש מהרשד"ם בח"מ סי' נ"ה שאם ר' היה זוכה באותו מנה על גלי הגיד לאפיפיור היה זוכ' בהם מכח דינא ד"ל כו' ואפי' שהיו חקים לא טובים אפ"ה מאחר שהוא בעל היכולת ויש בידו לגזור כו' יע"ש ואף אם יהיבנא ליה דין אנס בעלמא אפ"ה זוכה בנכסים אלו מטעם הפקר ויאוש ולא בעינן שיבא ליד האנס אלא אפי'לא באו לידו הנה כיון שב' האנס בכל האוצר הי"ל כאלו נאבדו ונשרפו כל הנכסים וכמו שפ' הרמב"ס פ"ח מה' חובל ומזיק ופסקו מרן בש"ע סי' שפ"ח ועי' להרב אורים גדולים לי מוד שכתב בפי' דכל שהאנס מתליין על אותו ממון אפי'לא בא לידו הרי הוא כאלו בא לידו והמציל ממנו כזוכ'מן ההפקר וא"כ בנ"ד שהשר חתם כל האוצרות אין לך הוראה גדולה מזו שכל מגמתו לשלול ולבזוז והא ודאי הוי כאלו נאבד ונשר'וכל הזוכ' זכה לעצמו ואין להיורשין שום תביע' עליו וכיון שבאו לידי מידה זוכי מהפק' קא וכי עוד יש מקום פטור להגי'מרדכי מהביא דב"ק דקט"ז ע"ב מהביא דשיירא שטרפ' גיים ועמד אחד והציל הציל לעצמו ופסקו הר"ס פי"ב מהל' גזילה ואבידה ומרן בש"ע סימן קע"ח ועי' להרב מהרי"קו שורש ג'שכתב בהביא דהמציל מפי ארי דאמרו הרי הוא שלו דלאו דוקא מפי הארי ממש הלא כל דאמרי' שיאכלנו הארי מציל מידו מקרי והרי הוא שלו ואפי' דלא הוי בריא היזקא ואל תשיבני מהביא דפסק הרמב"ס והש"ע סי' שס"ח דהמציל מלסטים גוי חייב להחזיר משום דדייני בגוותא ולא מייאש א"כ בנ"ד דהוי לסטים גוי מאחמא אמרי'דלא מיאש וחייב להחזיר

אף אתה אמור לו כי כל זה שאמרו כן הוא בזמניהם דהוו דייני הכי לא כן בזמנינו זה כי אי אפשר בשום אופן להציל מידם דאינהו נמי דייני ע"פ עדים וראיה ועי' למהרשד"ם סי' קנ"ז ובפרע עם שר בעירו וכמ"ש הרשב"א בתשו' דסי'אלף וק"ה הנו"ל ועי' להרב דרכי נועם בתשו' ח"מ סי'ל"ו

הן אמת כי מה שנראה מפשט דברי הרב מהרשד"ם דאפי' ר' היה זוכה בהחוב שבידו מטעם דכיון שיש לאפיפיור רשות לגזור בעירו חוקים לא טובים הזר הדין לדינא דמלכותא הנה מתוך דברי הרשב"א בתשו' הנו"ל דסי' אלף וק"ה מבואר דהוי גזלנותא דמלכא וצריך לומר דכיון שהוא חוק קבוע אכלם כי מי שהיה גוי וא"ך נתיהד באר"ס נכסיו למלך נמצא דתקנה זו נמשכת מראשית ממלכתו או שכיון שחוקה חקק גזירה כוללת ונכתב בספר נימוסי מלכותו ולא הוי גזירה על פרט יחידי מש"ה חשיב ליה דינא דמלכותא ועדיפא מנדון הרשב"א ועי' למהריב"ל ח"ב סי' ד"ן דפליג על מהרשד"ם בזה ע"ש

ולכל

ולכל הדברות הוא דבנ"ל דאיכא למימר דאף אי חשבינן ליה כאנס בעלמא הנה מתייאשי היורשים מהנכסים והו"ה בהם כזוכה מן ההפקר וכן נר' מתשו' הר' מהרי"ב א"ד סי' ח"י הנ"ל שכת' וז"ל והר מן דין י"ל אי אלו האנסים לעקו הושיעה אדוננו ממה שעשו הפקידים או לא נעקו אם נעקו ולא נענו נר' שהדין נעשה ואם לא נעקו כנר' דאמולי אהילו כו' יעש"ב והיינו ודאי מטעם זוכה מן ההפקר וכמו שיר' המעיין

אלא שצ"ע על מהרי"ב דכיון דנ"ל שהיה קרקע שלקחו פקידי המלך החצר בעד כל החוב א"כ לא מהני מחילה והפקר בקרקע וכמו שחילק הרשב"א בתשו' דסי' אלף וקי"ה וצ"ל דהויא חזקת הגר דלגבי פרע המחילה נהנו להזקות דין מטלטלין · באופן דבנ"ד הזר הדין דאף אי לא יחשבינן ליה כדין מלך בעירו ולא יהא אלא אנס בעלמא הרי נתיאשו היורשים מנייהו וא"כ הזוכ' בהם כזוכה מן ההפקר ואף אם נאמר שהנכסי' שבאו ליד גי' משה היה קודם שנתיאשו היורשים מהנכסי' וחשיב כאלו באיסורא אתא לידיה הנה מאחר דסו"ס תכח כי אין מציל מיד השר נתיאשו הבעלים ממנו ואיכא יאוש ושינוי רשות וכמ"ש הרשב"א בפי' לקמא לדי"ד דכל שבא ליד אחר חשיב שינוי רשות ואין צריך שיהיה יד הלוקה באמצע ע"ש וכיון דאיכא תרתי יאוש ושנוי רשות קנה וכמו שפסק מרן סימן שנ"ג ס"ג

וכ"ת עדין לא יגהה מזור לנ"ל מאחר לפסק ה רמב"ם ז"ל פ"ו מה' גניבה ה"ג דיאוש ושינוי רשות לא מהני כ"א לקנות הגניבה עצמה שאינה מחזירה לבעליו אבל צריך ליתן את דמיה והנה הטור בסי' שנ"ג ס"ה הביא סברת ר"י שחולק בזה וס"ל דאין צריך ליתן אפי' דמים מ"מ הרי מרן תפס כסברת הרמב"ם וכיון דאתריה דגי' מרדכי קבלו ס' מרן נמצא דצריך ליתן את הדמים לזה אמינא דהרוא' בסוגיא דמציאה דכ"ב ע"א במאי דפריך הש"ס מהא דגנב וגזלן כו' שנטלו מזה ונתנו לזה מה שנטל נטל ומה שנתן נתן ותירגמ' רב פפא בלסטי' מזויין כו' ויעויין במאי דכת' הר' בכלאל שם בא"ז משם הרמב"ן דלמאי דאוקימנא בלסטים מזויין הא מני ר"ש היא דסתם גזילה יאוש בעלים היא וקי"ל בגזלן כר"ש כדאיתא בהגוזל בתרא א"כ נמצא דלגבי גזלן כיון דאיאוש מעיקר' מיניה עדי' מגנב ויש לנו לומר דאף הרמב"ם יודה דאינו צריך ליתן את הדמים

וכן ראיתי להתשב"ץ ח"א סי' ל"ע וסי' קנ"ו שחילק כן לדעת הרמב"ם בין גנב ללסטי' מזויין דבלסטים מזויין אינו צריך ליתן את הדמים וה"ה לגבי השר בעירו אי לא חשבינן ליה כמו מלך אלא כמו אנס בעלמא חשיב כלסטים מזויין וכמו שנר' מדברי הרמב"ם ספ"ה מה' גזילה יעי"ש וכן הבי' ליה הרשב"א בתשו' הנ"ל וכבר מדברי הראשונים שהביא הר' בכלאל שם גבי מציל מזוטו של ים מבואר דלא תליא מילתא ביאוש כ"א התורה התירתו כל דאנן סהדי דודאי מיאש אף דמעיניה בודאי דלא מיאש ועי' להרב המגיד ז"ל רפ"ו מה' גזילה ע"ש ונמצא דלא חשיב כאיסור' אתא לידיה וכל זה לצ"ח פי' המשיג דבעינן מלך מוכתר בכתר מלכות אבל הרואה ירי' להכנה"ג בסי' שס"ט הגה"ט אות יו"ד שהביא מדברי הרשב"א שאינו צריך שיהיה מלך ממש אלא אפי' דוכוס ושר דהוי מלכו' בלא תגא אפי' הכי אמרי' ביה דינא דמלכותא ע"ש וה"ה לגבי דין זה דהרוגי מלכות דהא עיקר יחוד דין זה הוא מטעם ד"ד וכמ"ש מהרימ"ט בתשו' הנז"ל

הנה נא ערכתי מילין לפני כל יודעי דת ודין שלע"ד נר' להלכה ולמעשה שזכה הגי' מרדכי הנז"ל בכל הנכסים והרי הוא נקי נדר נקי שבועה כו' וכנז"ל ומ"מ הא ודאי כי לא מפי יהיו חיים לבא לפרק ננמר הדין במילתא דתליא באשלי רברבי המה הגבורים אשר בארץ הקדושה העי"א כי דבר גדול כזה הדבר תלוי ע"פ ב"ד הצדק בהסכמ' הרבנים המובהקים בי דינ'רבה יושבי על מדין פה קושטא יע"א כי מפיהם תצא תורה התומה · יולאה בבינותא · לדעת מה יעשה בישראל כה דברי עבד עברי · מקוה רחמי צורי · אלהי עולם ה' כאדרי

הצעיר **יוסף אלפאנדארי**

סימן ט

על ראובן ולאה בת שמעון אחיו שבאו לדין ותבעה לאה מר' דודה שנשאר מזכו' נחלתה בידו יעןדמות אביה ש'בחיי יעקב והיא קיימ' במקו' אביה והוציאה לאה שטר איקלימים שעברו באו ר' עם לאה בשלש המחלוקת על ענין הפרסיות שביניהם דר' היה טוען לפטור את עצמו ונכנסו מתווכי השלו' ועשו הפשרנים דבר הגון ביניהם והוא שכנגד תביעו' הללו נתחייב ר' דמן המעות אשר לר' עם לאה בשות' ע"י הגביר המרומם השר והעפסר מאותן המעות נתחייב בשני אופנים או בהפרל השות' הלז דביד הגביר נתחייב לתת במשלם כו' בכל שנה ושנה הריוח שעולה מן השותפו' הלז נתחייב לתת במשלם חלקה וכתוב בשטר דע"פ הפשרה הנז' מחלה לאה לראובן מחילה ג"ום כו' · והן עתה דלן בעון דכל המעו' שהיו ביד הגביר מה שאינהפה יכול' לדבר אשר לא ימד ולא יספר הכל כאשר לכל נטל המלכות יען דאכלו קורצי קודם מלכא ואך גדול היה היה באותו היום דירדו ישראל לירידה התחתונה מטה מטה אילו לדיו יהיו ימים כו' אין די לכתוב מקלת יקר תפארת גדולת עושרו ומה נלדבר ומה נצטדק האלהים מצא את עונינו ועפ"ז באתה לאה בטענה מאחר דמה שיחד לה דודה ר' לא בא לידי גביה א"כ הורה הטענה למקומה ותובעת שיור זכו' נחלת' שנשא' ביד דודה ר' ויהי כמשיב ר' יען דכבר יש לי בידי שטר מחילה ופיטורין בכל תקף כו' מה את טוענת ונתעלמו בתביעות וטענות זה לעומת זה בפנינו ב"ד והן קדם נתקשרו ב' הלדדי' בקנומ"ך כתחו"ל לעמוד ולקיים בפשרה אשר יגזרו אומרב"ד לבל יפול מדבריה' הרלה ושאלו את דבר המשפט והשמ"ב תשובה

תשובה הנה לפום ריהטא לדקה טענתה של לאה דוקא מקרי אשתדוף דכל מה שיהיה ללאה בת אחיו משיעור דמן הממון של שיתוף הרי הוא מוכן ומזומן לפרוע לה חלקה במשלם והכוונה היה היה דכנגד תביעתה שנשארה וזכות נחלתה ביד דודה ראובן אין ש' דאין מחסור לה מאחר דהרי שלך לפניך והרי הוא כאלו בא לידי גביה וא"כ מאחר דאודיא לה הודאה שמיכה הרי היא לאה הודאת ותובעת וזכות נחלת מה וקנה אשר נשאר ביד דודה ראובן וכמו שכן מצינו דנשאל הר' פ"מ ח"ב סי' ס"ה מעין נ"ד על לאה דיש לה שטר חוב על ראובן אביה שחייב לה מאה גרוש' וכתו' בשטר החוב איך קבל ראובן בשיניע ומן פרעון החוב דיש לו אצל לוי לתת לה הק' גרוש' הנו"ל ולוי נשבר ונחבא לברוח וכה היה טענת ראובן דכיון דפרעון מאה גרוש' הוא מהמעות אשר יש לו אצל לוי הכוונה היתה דהא בהא תליא דבשהפרע הוא מלוי יפרע גם הוא לבתו ואם היה האופן דלא יתפרע מלוי הקלאה לא תתפרע ממנו וא"כ עתה שנשבר לוי ומטה ידו מלפרוע גם הוא פטור מלפרוע ומסיק הרב ז"ל דכל שהוא חוב והלואה נראה דראובן חייב לפרוע לבתו הגם דנשבר לוי וכו' דאומדנא דמוכח הוא דלתועלת לאה כתב לה כן בשטר להורות לה מקום ולזרז פרעונו של ראו' בא דתכף ומיד שקבל המעות מלוי שיתחייב לפרוע לבתו ולא לאחר הפרעון וכיון דהפירוש הנכון הוא דלתועלת לאה נעשה תנאי זה לזרז הפרעון א"כ הוי כמו אפותיקי שהם דהרי כל אפותיקי שהם הוא משדה זו תגבה . חוב זה יע"ש .

ואיברא דיד הדוחה לדחות דהגם דנ"ד לא דמי למתני' מ"מ בהלואה גמורה לא דמי דטענתא דהלואה כתב ש' דאומדנא דמוכחא הוא דלאה לא הלותה מעותיה אדעתא שאם ימות יעקב או ישבר שתפסיד מעותיה מכח האומדנ' הנו מכרעין שלבון דאדרבא לתועלת המלוה נעשה כו' ולזרז הפרעון כו' לא כן בנ"ד דלא היתה הנוא' דהלואה לאה ממש לראובן דודה אלא דכפי טענת' של לאה הינו אלא דגזל הוא ביד ר' דאינו רוצה לתת לה חלקה מזכו' מורישיה ועל טענת' היה משיב ראובן לפטור את עצמו ככתוב בשטר המחילה וע"ז בהו הפשרנים והיינו לראובן דיתחייב לפרוע מן המעות שיש להם בשותפות על ידו של הגביר ז"ל באופנים הנז' בשאלה ומאחר דלא היתה הלואה גמור' הגם דלפי טענת לאה גזילה גמורה היא ביד ראובן מ"מ דעת המתחייב בעינן ולפי דעתו של ר' דמהדר הפיטורא ולא היה רוצה לתת לה כלום א"כ ליכא אומדנא דמוכחא דלתועלת לאה ולזרז הפרעון בא ולא נאמר בכה"ג האי דינא דאשתדוף דלא דיינינן האי דינא דאשתדוף היכא דאמר מכאן תגבי' ואמרי' דלזרוזי בא אלא דוקא בהלוא' גמור' דמוכחת כה והלימות האומדנא מכרעינן שלבון דלתועלת המלוה בא וכו' אפשר לכלל ולמימר דאין ראיה לנ"ד מתשו' הר' פ"מ ז"ל

ואחר ההיפוש ראה ראיתי להרב מהרשד"ם י"ד סימן רי"א רמזו הר' כנה"ג ה"מ סימן של"ד הג"הט אות ד' דנשאל על השותפים עשירים דנותנין מעות לבינונים ואותם הבינוני' לוקחים סחורה והסחור' הולכת לאחריות נותני המעות וממתינין בעלי המעות עד שימכר הסחור' ונותנים ריוח הבינונים לבעלי הסחור' ך' למאה ועתה אירע עת הירוס מלך המלחמה ונסגרו הדרכים ואין יוצא ואין בא ובעלי המעות מבקשי' ממונם כי אומרי' דלא עשו ע"ד שימתינו כ"כ זמן והשיב וז"ל אף את באים המלוים לתבוע תבע דאדעתא דהכי לא עשו המשא ומתן והו"ל כמקח טעות לזה אני אומר דאין הדין עם בעלי המעו' והראיה מסוגיא דפרק האומנים וכתב הרא"ש ז"ל דכל אונסא דלא אבעי ליה לאסוקי אדעתייהו לא פועל ולא בע"ה פסידא דפועלים הוא דהמוציא מחבירו עליו הראיה א"כ הדין ברור בנ"ד דתרווייהו לא הוו ידעי פסידא דמלוים ה"א דהמוציא מע"ה יע"ש . הרי דפשיט ליה להרב ז"ל דכיון דכל האונס לא איבעי להו לתרוויהו לאסוקי אדעתייהו לא דיינינן דינא דאשתדוף אף דמלוים קרי להו הרב ז"ל ומינה לנ"ד נמי דמאחר דהמעות דהיו ביד השר והעפסר. הגביר ז"ל לא היה עולה על לב איש ולא לנוס נברא שבעולם דהיה תהיה כליון חרוץ בשיעור ממון כזה אשר לא ימד ולא יספר א"כ זוכה ראובן בטענתו

ואין להקשו' ע"ד הר' פ"מ ז"ל מדברי הרשד"ם הנז' דאף דמלוים קרי להו הרב ז"ל עכ"ז פסידת החוב עלייהו רמי דשאני נדון מהרשד"ם דסוף סוף מלוים הללו להנאתם קא מכווני דכל הך שקלא וטריא ומשא ומתן הריוח העשרים למאה היה לעצמם וא"כ לא דמי להלואה גמורה דכל הנאה הוא ללוה ואינו נוגע למלוה כלל אשר מטעם זה דן הר' מהרשד"ם שלא לדון דינא דאשתדוף דדינא דאשתדוף לא נאמר אלא דוקא בחוב דהלואה דאין הנאת כלל לבעל הממון ומש"ה שפיר קא פסיק הר' פ"מ דמטעם דינא דאשתדוף מחייבינן ללוה מאחר דלא יתפי שום הנאה עליה דמלוה כלל וליכא' אומדנא דמוכח דבעידנא דהוציא המלוה ממונו מתחת ידו לא הוציאם אלא אדעתא שיבואו לידו כאשר בתחילה

ברם ראיתי להרב כמ"א ח"א סי' נ"א דנשאל על מי שמכר לחבירו זהב ואמר לו הלוקח דמי הזהב אתן לך ממעות שיתן המושאשיל בעד הבגדים והמוכר נתרצה בכך ובין מוכר ובין לוקח היו חושבים כי בהגיע תר כו' ולעת כזאת נתחדש שסלהו לו מאת המלכות כו' ונמצא שיתאחר זמן הרבה כו' והלוקח טוען דמאחר שאמר לו דנתון יתן מהמעות שיתן המושאשיל יש לו למוכר להמתין והשיב הרב ז"ל וז"ל ראיתי לרבני הדור ש"י שנחלקו בדין יש מהם אומרים שהדין עם המוכר והטעם כו' ויש מי שאומר שהדין עם הלוקח לפי דאתיילי' אונסא דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה לבוז אחד מהם והמוציא מע"ה וכמ"ש הרא"ש פ' האומנים כו' ואחר המחילה לא דמי כלל כו' ואולם בעניותי הדין עם המוכר מדינא דאשתדוף ומחייב לשלם הזהב מנכסים אחרים יע"ש

והנה הרו' יראה דאשתמיט מניה דמר תשו' מהרשד"ם הנז' דקא מסיק כסברי' היש

היש מי שפסק ההדין עם הלוקח ותלי זייניה בפסקו של הרא"ש דכל היכא דאונס דאתיליד לא אינעי להו לבוא אחד מהם לאסוקי אדעתייהו דינא הוא דבטלי מע"ה ולא דיינינן בזה האי דינא דאשתדוף דלא נאמר האי דינא אלא במלוה גמורה דאיכא אומדנא גדולה דמאחר דלא מטי ליה למלוה שום הנאה כלל וכל הנאה הוא ללוה משום הכי היכא דאמר ליה ממעות של פ' אני אפרע היינו אשתדוף האומנה כל היכא דליכא אומדנא הלזו כגון נדון דידן דלפי דעתיה דראובן דנ"ד דהוה מטיב אפיטו' והיה מטיב על עצמה של לאה ומיהדר אפיטורא וע"ז באו מחווכי השלו' ועשו לר' פשר דבר והוכרחוהו שיהד ללאה מן המעות הבאות לראובן מידי שנה בשנה מהשותפות דאיתיה ביד הגביר ז"ל ואירע המקרה הרע הוא המר דהלך כל הממון לטמיון מה שלא יוכל שכל האנושי לסבול מלתא כדנא אזי ליכא להיוביה מטעם דינא דהשתדוף כלל וכ"ש נמי היכא דלא היה הלואה כלל אלא מכר וכדומה למכר דמטי ליה הנאה לבעל הממון כגון נדון מהרשד"ם ונדון הרב פמ"א לא דיינינן האי דינא דהשתדוף וגם' הרב מהרשד"ם והיש האומרים

ולפי"ז הכשר לומר דכל היכא דהנאה לשתיהן ע"י דהכריחוהו מחווכי השלום דהוא היה מסדר הפיטורא ויהא לפרעון איזה דבר דבעינן בקיום הדבר ההוא הוה שכיחא מילתא לא דיינינן דינא דהשתדוף אלינא דכ"ע ואף הרב פמ"א ז"ל מודה ובא ואם האמת אתנו כאשר כתבתי מעתה ראובן פטור ופטור מלאת כלום ללאה אלא מאחר דיש לצדד ולחייב לראובן עשינו פשר דבר באופן נאות נאום הצעיר .

אליעזר די

טולידו ס"ט

סימן י

שאלה ראובן מכר מרגלית אחד לשמעון ובשע' המקח אמר הסרסור לשמעון דע לך שכבר נתנו ס"מ ויפה כמה שמעון תנה לי ואקנה בערך הנז ובשעת גמר המקח אמר הסרסו' לשניהם למוכר וללוקח דעו בין אם יהיה שווי המרגלית יותר ויותר ובין אם יהיה פחות אין לכם הזרה מצד לצד כלל ואח"ך נמצא הונאה ובא לחזור ולשאול שגיעו היכן הדין נוטה .

תשובה לכאורה נראה מאחר דהמוכר הנז' בשאלה הוא נע"ה א"כ הל' רווחת דלא ניתן לחזרה וכמ"ש הטור ומרן בש"ע סי' רכ"ז סכ"ג ואפי' היה המוכר דחוק בעידן המכירה ואם בנ"ד היתה האונאה יותר משתות באנו למחלוקת הראשונים ז"ל דדעת הרשב"א והר"ן והרמ"ך הביא דבריהם הרב ב"י שם בסוגיין דאף ביטול מקח ליכא ולאו דוקא נקט תלמודא אונאה וכ"כ הרב הנמק"י שם משם גאון ז"ל וכן דעת הרב החינוך פ' בהר סי' ש"ש וכן מש' דעת ה"ה פי"ג מה' מכי' ה"ב ומרן שם כתב דהכי ס"ל להרמב"ם אבל הרא"ש ור"י שהביא הרא"ש שם והטור ומרן בש"ע דהביא בסתם ס' הרא"ש וס"ל דדוקא אונאה אבל ביטול מקח איכא יע"ש להרב כנה"ג הגב"י אות כ"ד ומי שהוא המוחזק יכול לומר קים לי .

אמנם נראה דכיון דהסרסור הטעהו ללוקח דכך א"ל דע לך שכבר נתנו אחרים ס"מ וע"ז סמך הלוקח בקניתו וכבר ביאר דעתו הסרסור בפנינו ב"ל דבשביל שהיה לו תרעומת עם הלוקח עשה לו כן א"כ אין כאן שום מקח כלל ומלבד דהסברא מחייבת הכי הרי מלינו דהכי פשיטא ליה להרב מח"א הל' אונאה סי' ז' דכת' דאפי' לדעת הרמב"ם דס"ל דאפי' במידי דידיע אמרי' פחות משתות טויא מחילה היינו דוק' בסתם אבל אם שאל כו' בזה אטעיה בדבורו ודמי לתשו' הרשב"א שאם אמר בע"ה לפועלים תבואו עמי כמו שנשכרים חבריכם ואמרו לו בכמה ואמר בה' ואח"ך נמצא שנשכרו בד' יו"ד ה"ו מק"ט יע"ש . הרי דפשיטא ליה דכל היכא דנגמר המקח מחמת טעות דאטעיה חבריה בדיבוריה הגם דהלכה רווחת היא דפחות משתות הויא מחילה עכ"ז היכא דאיכא טעות לא ואפי' בפחו' משתות מלכתב ואפי'לדעת הרמב"ם כו' ומעתה הגם דבגמר המקח גילה דעתו בין שניהם יחד המוכר והלוקח דעו דבין אם שוה יותר או פחות אין לכם חזרה מצד לצד כלל הא לא מגרעה מאחר דעיקר המכירה סובב הולך על דבורו של הסרסור דסמיך עליה הלוקח ומה גם שהוא סרסור במרגליות ובקי בהם ובשומותיהם וכיון דמכירה אין כאן לא מקרייה חזרה .

עוד איכא בנ"ד דעדיין הלוקח לא נתן את הדמים וכבר כתבו רבינו ברוך ומהר"ם ריקאנטי והג"א הביא דבריהם הר' הכנה"ג שם הגה"ט אות י"ג והרב ש"ך דהא דאמרינן דאם שוה יותר מכדי שיראה לתגר דהוי מחילה היינו דוקא היכא דהלוקח כבר נתן את הדמים ובא לתבוע אונאתו אמנם היכא דלא מסר דמים מצי הלוקח לומר בכה מלא לא נתרציתי ולא מחלתי כלום במינו כו' יע"ש ומינה בנ"ד לכאורה מצי שמעון הלוקח לומר מאחר דלא נתתי דמי המכר הוא הוכחה דלא נתרציתי ולא מחלתי דומיא להאי דינא שכתבו הראשונים והאחרונים ז"ל ויעוין במ"ש הרב מט"ש ח"ג הנ"מ שם הגה"ט אות כ"ה מה שרימז שם זה אפשר לומר לכאורה .

ברם מאי דאיכא לאסתפוקי הוא דאפשר דע"כ לא אמרוה הראשונים ז"ל האי דינא אלא דוקא התם באונאת תגר דמעיקר' להזרה קימא דבשתות קפדי אינשי והו"ל נתנו גבול לחזרה עד שיראה לתגר יותר משיעור זה הויא אומדנא דמהיל דליכא הוכחה כנגדה המנגדת את האומדנ' אמנם היכא דאיכא הוכחה כנגדה כגון דלא יהיב דמי או אמרינן דבקפידא דמעיקרא קאי אבל במוכר בע"ב

בעו"ה דאמרו חז"ל דאדעתא דהכי מוכר ליטול יותר משווי החפץ דבשווי החפץ לא היה מוכר ומשו"ה אף אם לוה הלוקח בברוכיא אחר מקחו תכף למכירה מיד ממש הרולה. לחזור בו משום אונאתו לא משגחינן ביה וא"כ מאי אהנייא ליה ללוקח גילוי דעתו דלא מחיל מדלא יהיב עדיין דמי החפץ דהא לא הלכו הכמים בזה אחר דעתו של לוקח אלא אמרו דהוי כמפרש יודע אני שיש בו אונאה כו' וכמ"ש רש"י והרא"ש שם בסוגיין משם השאלתות יע"ש ומאחר דהוי כמפרש וזה לקח הרי מחיל ונראה דיש כלמות ראיה לזה מהא דכתבו הסמ"ע שם ס"ק י"ד והרב תוי"ט בספר פלפלא חריפתא סי' ך פ' הזהב דהאי טעמא דדינא דלא נתן הדמים דזכה הלוקח היינו דוקא בשתות דכ"ע קפדי בזה אלא שחכמים ז"ל המה ראו דעל שירצה כו' לא מחיל וביותר משתמא מהיל וכיון דטעמא הוא משום דשתמא כו' א"כ כי לא יהיב דמי והומר לא נתרציתי וכלומר דבקפידתו הראשונה קאי ולא מחיל גרם בכהות משתות דרובא דעלמא מחלי ולא קפדי אף דהוי מוחזק מוציאין מידו יע"ש וכן הינק הר' מה"ח הל' אונאה סי' י"ג וע' בס' הנ"מ ס' מט"ש ה"ג שם אות י"ד בדברי המגיה ועדיפא האי דינא דמוכר בעו"ה דנ"ד דהוי כמפרש וכאמור וכפי זה שכתבנו אתי אליבא דכ"ע ואף הרמב"ם מודה אף לפי דיוקו של הרב מה"ח שם שדייק דאיכא מיעוט בני אדם דקפדי ולפי זה אם לא נתן דמים מצי למימר לא מחלתי יע"ש

ואיברא דכפי דיוקו של הרב מה"ח א"כ האי ליתא דכתב הרמב"ם פי"ב ממכירה דין ג' שכל פחות משתות דרך הכל למחול בו יע"ש אינו מדוקדק דהא איכא מיעוט' וע' בס' הנ"מ ס' למהת יאודה סי' ע"ד ובמה שדייק הרב מה"ח ש"ס סי' ז' ע"ד הרמב"ם דין ע' •

ואיך שיהיה למאי דאתאן עלה בנ"ד ליכא למסמך עלה אלא אטעמא דכתיבנא מעיקרא דהסרסור הטעיה בדבוריה ללוקח באומרו שכבר נתנו ערך פ' על החפץ כו' ומהודענא דעובדא דנא בא לפנינו ב"ד ונשאנו ונתננו בדבר הלכה ועילא מינן מהר"ש ן' שושן נר"ו וכן עשינו מעשה ווכינו ללוקח וכמ"ש נאום הצעיר •

אליעזר די טולידו ס"ט

סימן יא

יש לחקור בראובן שנתן מתנה לשמעון בקנין דבר מה ונפל ספק בקנין גופיה אי מועיל לדינא וחזר בו הנותן ונתנו במתנה ללוי בקנין אלים דלית ביה שום ס' ושמעון מקבל המתנה הא' מוחזק במתנה ועתה תובע לוי המקבל מתנה השני משמעון שיחזיר לו המתנה היכי לדיינו דייני להאי דינא

ולכאורה נראה לפום דינא דמסלקינן ליה מניה דשמעון ויהבינן ליה ללוי אף דשמעון הוא מוחזק מאחר דהקנאתו של לוי שהוא המקבל מתנה הב' ברור ואין שום ס' בקניינו לא כן בקניינו של שמעון דאיכא לאסתפוקי בקניינו הגם דשמעון קדים בזכיית המטלטלין מן הס' ועוד מטעמא אחריתי לכאורה מאחר דאם באים לדון הנותן עם שמעון שמקבל מתנה מוקמינן להו בחזקת הנותן דהוא מ"ק מההוא טעמא גופא זכה לוי הב' במתנתו דמה מכר ראשון כו' •

והנה לטעמא קמא מלינו להרב פ"א מזכיה דין ז' שכתב דטעמ' דמוקמינן ליה ביד האחרון הוא לפי שחזקתו של אחרון הוא חזקת ברורה ודאית וחזקת הא' היא מסופקת וכיון דכן מעמידין אותה בחזקתו של זה האחרון שהיא ברורה יע"ש וכ"כ שם הרא"ש בפ' חזקת דמוקמינן ליה ביד אחרון מהאי טעמא דכתב ה"ה יע"ש אמנם מדשיים ה"ה שם ולא שייך כאן דין אם תפש בקרקע ע"כל • משמע מינה דלאו הוה האי דינא במטלטלי כעין נדון דידן והוה תפוס הראשון לא הוה מסקינן מיניה ואיברא דיש לחלק ולפרש דברי ה"ה בפנים אחרים גם לדברי הרא"ש דפ' חזקת דכ' דזכה האחרון משום דחזקתו ברורה הנה בפ"ק דמציא' די"ב בבעיא דארנקי כתב וז"ל ובעיין לא אפשיטא הילכך במתנה יכול להזור בו דאוקי בחזקת מ"ק אבל בהפקר הואיל ונסתלקו הבעלים אם החזיק בה אחר מוציאין מידו דבע"ה מוחזק משם' תחילה יע"ש הרי בהדייא דפשיט ליה להרא"ש דהגם דבקניית האחרון ליכא שום ספק וזכייתו ברורה עכ"ז מוציאין מן האחרון ויהבינן ליה לראשון משום דקדים וכבר עמדו על זה גדולי האחרונים ז"ל דהנה השואל בתש' מהר"ם מינץ סימן ע"ז תירץ לזה דמטלטלי שאני וכן תירצו הרב מח"א הל' קנין אבר סי' י"ג והרב קול בן לוי והרב פרי הארץ והסכים לזה הרב נחפה בכסף רמוס הרב מט"ש סי' ד' וע' להר' שמחת יו"ט סי' כ"ה דל"ט ודבריו סובבים והולכים ע"ד הרב הקרי לב יו"ד א"ב סי' ג"ן דקי"ז ובסי' ד"ן ועיין להרב חק"ל ח"מ ה"א סי' ל"ד דקמ"ב ע"א למדנו מכת גדולי אחרוני' הללו דבנ"ד דהוי מטלטלי להאי טעמא דקיימינן לא מפקינן מיד שמעון ויהבינן ליה ללוי מטעם דקניינו של לוי ברור גם הרמב"ן כבית דבריו הרב ב"א שם בפ"ק דמציאה גבי בעיא דארנקי כתב וז"ל וכיון דבעיין לא אפשיטא הוי דיניה ככל תיקו דממונא ובהפקר כל הקודם ווכה בו אין מוציאין מידו אבל במתנה מוציאין לנותן יעו"ש • וכ"כ הרב הנמק"י וז"ל ובעיין לא אכשיטא כו' ויש לחלק בין מתנה להפקר דמתנה לא נפקא מרשות נותן כו' ומפקינן מכל אדם להחזירו לנותן דאוקי ממונא בחזקת מ"ק אבל הפקר כו' כל הקודם זכה בו כיון דליכא למימר אוקי כו' יע"ש ריהטא דדבריה' מוכיחין דלא משכחת הפקעה בהפקר אלא דוקא במקבל ונותן זולת זה ליכא הפקעה אלא כל דתפיס זכה בין יהיב ראשון בין יהיה אחרון •

וראיתי להרב מהר"א הל' קנין משיכה סו"סי ס' דפשיטא ליה במחלוקת הרמב"ם ז"ל והמרדכי דבכל היכא דמספק"ל אי זכה בעל הכר או לא אם בא אחר ותפס מוציאין מידו דבעל הכר הוא מוחזק ראשון יע"ש ואיליה לפי יסודו לחלק בין קרקע למטלטלין בה' קנין חסר סי' י"ג יע"ש וכפי מ"ש אין דברי הרא"ש מוסכמים בזה דהרמב"ם והנמק"י חולקין וס"ל דלא מפקינן מאחר דתפיס ועוד מאי דפשיטא ליה דפלוגת' דרבוותא נמי הוי דיניה כספקא דדינא בזה יש לדון כמו שכתו' והכי פשיטא ליה למורינו הר' בס' ידיו ש"ת ח"מ סי נ"א דזיכה לו להמשרת מטעם דהוא מוחזק אף דקדים ראובן בעל החנו' בס' יע"ש ונמצינו למדין דלפי טעם הא' אין כח בידינו להוציא מיד ש' מטעם דקנייתו מסופק

אמנם מטעם השני משמע לכאורה דמפקי' מיד שמעון וכדכתבו הרמב"ן והרא"ש והנמק"י בהאי בעיא דאורנקי דכיון דלא אפשיטא מוקמינן ליה בחזקת מ"ק דהוא הנותן ומוציאין מיד המקבל מתנה יע"ש וא"כ מאחר דלפום דינ' ממונא דנותן הוא כי הדר הנותן ונתנו במתנה ללוי אותו כח וכו' שהיה לו נתן ללוי דמה מכר כו' לא שייך' הכא למי' הואיל ונסתלק וכחו של נותן ולא נשתייר לו שום זכות נשאר הפלא ואין דין ודברים אלא בין מקבלי המתנו' וא"כ הוי כדין הפקר דפסק הרא"ש דמוקמי' ליה ברשות וזכה הראשון מאחר דהוא קדים בזכיה בגם דזכייתו מסופק' ואע"ג דהרמב"ן והנמק"י חולקין מ"מ נ"ל דשמעון הוא מוחזק ליכא מ"ד דמוציאין דהא ליתא דע"כ לא אמרה הכי אלא בהפקר דוקא דאין זכייתם של הזוכים הא' והב' בא מכח בעל הממון אמנם היכא דזכייתם בא מכח הבעלים מאחר דבכל ס' דיש להסתפק דינא הוא דמוקמינן בחזקת הנותן א"כ שפיר זכה לוי במתנתו ובפ' הלוו ראיתי למהר"ש יונה סי' ל' דנשאל על מי שמכר שדהו בקנין דהוא מסופק ושוב חזר והקנהו לאחר בקנין ברור ופסק הרב שם דליכא למימר מאחר דנסתלק' המוכר מן השדה אמרינן דמוקמינן הקרקע בחזקת הלוקח הא' אלא דינ' הוי מאחר דקניית הראשון מסופקת דשמא לא קנה ונשאר הקרקע ביד המוכר ממילא זכה הלוקח שני יע"ש והביא דבריו הר' כנה"ג סי' ר"ו הגב"י או' א' והא דמשמע מדברי מהר"ש יונה דאי המחלוקת היה במטלטלי והיה תפוס הלוקח הראשון דשפיר קא זכה היינו משום דהמחלוקת הוא פלוגת' דרבוות' ז"ל ומטעם קי"ל לא כן נ"ל להוי ס' דדינ' וכאמור

והנה הרי כתבו התוס' והרא"ש פ"ב דכתובו' ד"ך ע"א בההיא דבר שטיא דבמטלטלי אם הקנה לחברו דבר והיכא ס' אי קנהו הלוקח הו לא מ"מ זהר דהלוקח מוחזק אין מוציאין מניה דמוחז' דבמטלטלי לא אלים כח מ"ק יע"ש והיבר' דהריטב"א בניא דבריו הרב נא"ו שם משמע דפליג בזה וס"ל דאף במטלטלי אי תפס ה' וקא בכני שהדי מוציאין מידו ומהדרינן ליה למוכר מאחר דאית ליה חזקת מ"ק יע"ש " ולכאורה איכ' לאקשויי דברי הרא"ש דסתרי אהדדי גם מגופ' דשמעתין יש לדקדק על דברי הרא"ש דהא אמרי' שם דבקרקע אי לית ליה למוכר חזקת אבהתיה ואיכ' ס' במכרו מוקמינן ליה בחזקת הלוקח וכפי דברי הרא"ש ז"ל בההיא דהפקר היה ראוי לאוקומי בחזקת המוכר מאחר דהוא מ"ק ומוחזק קודם הקנאתו של לוקח ולפום ריהטא' נראה אתקפתא' זו אפשר לדחות ולומר דהכא שאני דהבעלים הלו ויאותו למזבניהו ללוקח בהני נכסי ולהתרוקן וכחו אצל הלוקח משום הכי נדבר דליכ' חזקת אבהתיה למ"ק קליש' וכחו לאוציי' מיד המוחזק אמנם בדינ' דהפקר דכתב הרא"ש ז"ל איכא למימר דמוקמינן ליה בחזקת המוחזק הראשון

ב) לקו' קמייתא' עלה ע"ד לדחות ולומר דהכא שאני דהוי ס' דשהדי דכיון דאיכא כת אחת דמסהיד כדברי המוחזק וגם דאיכא כת אחרת דמסהיד כדברי המוכר מאחר דישנו תחת האפשריות' שאמת דינהו עדים ומזימים לעדי המעידים כדברי המוכר והכחשת' לעידי הלוקח דהוא המוחז' משתלקת והגם דאפ' לו' נהיפך מ"מ אין כח בידינו להוציא מהמוחזק לאכן בס' דדינ' דליכא שום צד לברר האמת משו"ה פסקו הרמב"ן והרא"ש והר"ן ז"ל בס' דדינא דמוקמי' ליה בחזקת מ"ק והשתא דמחליף נמי דהביאו התוס' והרא"ש שם ישנו תחת האפשר שיתגלה ויתברר האמת כדברי אחד מהם

אמנם אחר העיון קושיא מעיקרא ליתא דע"כ לא אמרה הרא"ש ז"ל בההיא דאורנקי דמוקמי' ליה בחזקת מ"ק הוא משום דמאחר דאין לתופס שום טענת ברי אלא דגם לתופס עצמו לגבי דידיה נמי תפיסת ס' הויא לא כן היכ' דאית ליה לתופס טע"ב דכל לגבי דידיה נבריא הוא תופס כההיא דבר שטיא דטענת הלוקח הוא דחלים הוה בשעת מכירה ואזיל ומייתי סהדי בסומכי' נפשו ומסהדי כדבריו גם ההיא דמחליף נמי טעמ' הוא משום שהוא טוען טע"ב יעויין בתוס' והרא"ש שם בפ' השואל ותפו' שם בכתו' באוקמת' דרב נחמן דכן הסכימו לנו בעלי התוס' והרא"ש עצמם דכל דהתופס לא ברירא ליה אי שפיר קא תפיס כההיא דתקפו כהן דלכהן עצמו תפיסת ס' הויא מוקמי' ליה בחזקת מ"ק יע"ש וכבר פשיטא ליה להרא"ש בפ' כילד הרגל דס' דדינא הוי כס' דמציאות ומפקינן ליה מיניה דמוחז' יע"ש

וראיתי להרב מהרימ"ט ח"א סי' קכ"ו דהק' ע"ד הרא"ש מגופא דשמעתין כקוש' שהקשינו למעלה ולא ניחא ליה להרב לחלק בין קרקע למטלטלין כשי' כת מן האחרונים הנז"ל והוא ז"ל תירץ בתירוץ ראשון דטעמא דמוקמי' בחזקת הלוקח בההיא דבר שטיא משום דאיכא תרי ספיקי דמסייעי ליה ללוקח מה שאין כן דאורנקי יע"ש

ולמי

ולפי חי' זה לדברי הרא"ש שם בכתובות קשין להביא דמציאה דבכתובו' פסק דהגם דאית ליה לבר שטיא חזקת אבהתיה בהני מטלטלי עכ"ו לא מפקינן מיד הלוקח יע"ש והגם דאין באין עליו משני צדדי' וכמובן ולפי מה שחילקנו אנן בעניותין בין תופס בטענת ברי' לתופס בטענת ס' וכמו ששרים לנו הרא"ש עצמו שם באותו פרק באותו מקום ,ל"ק ולא מידי

א"ה לכאורה נר' דר' המחבר בא ליישב בחילוק זה גם קו' מהרימ"ט שהק' על הרא"ש ז"ל מגופא דמתניתין דע"פ דרכו דיש חילוק בין ברי לטע' ש לק"מ וכל מעיין ישפוט בעין שכלו דקושט' הוא דבהילוק זה יתיישב הכל הן מאי דקשה על הרא"ש מדידיה אדידיה והן מאי דקשה על הרא"ש מגופ' דמתניתין ויש מי שסבין כן כוונת ר' המחבר אמנם ראיתי למרן המחבר לעיל סי' ו' נפסק של ויכוח הסי' פ'רחי דכה'ע"ד מהרימ"ט דטעמו ונימוקו עמו במאי דלא ירד להאי חילוק' מתרי טעמי יע"ש וא"כ נ"ל דר' המחבר לא בא ליישב גם קו' מהרימ"ט שהק' על הרא"ש מגופ' דמתניתין אלא דוק' מאי דק' על הרא"ש מדידים אדידיה)

ואחר כהיפוס ראיתי למהמנ"ן ז"ל הביא דבריו הרב בא"ו למציאה דכ"ד מן הספר ע"ל דהק' ההיא ברייתא'דאנוסי' היינו דכתו' עם ההיא דחקפו כהן ותי' כמו שחילקנו למעלה וה"ל לפיכך נ"ל דמהניא ליה תפיסתו משום דמילת' דעביד' לאגלויי מהני' תפיסתו במטלט' יע"ש אמנם הוב כתב טעמ' אחריתי דטעמ' הוא דת"ות ספיק' דאורייתא' היא ולא מפקינן מיניה דתופס אפי' דאית ליה למ"ק חזקת אבהתיה אבל שאר תפיסות כגון ההיא דמהליף וכיוצא אפי' דטעין טע"ב מפקי' ליה מיניה אי לית ליה מיגו כו' ומיהו במוכר מטלטלין ומשכן הלוקח לרשותו וא"כ נסתפק לן אי קנאם אם לאו אין מוציאין מידו משום דתפיס ברשותו של מוכר כההיא דכור בל' יע"ש וכ"כ שם הנמקי"י ז"ל בפ"ק דמציאה דבספיק' דת"ות אינו בדין דגוב' ממון מרשו' ההופס מאחר דשנים מעידים כדבריו או היכ' דתפיס ברשות כו' יע"ש וכן פסק הר"ן הבי' דבריו שם הנמקי"י בפ"ק דמציאה גבי בעיא דמשוך כו' דלא איפשיטו' דלא מפקינן מיד הלוקח דה"ל תופס ברשו' דומיא דכור בל' יע"ש והכי פסק הריטב"א ה"ד הר' בא"ו למציאה פ' השואל גבי כור בל' יע"ש גרם הרא"ש שם בההיא דמשוך כו'ובההיא דארנקי דפ"ק דמציא' פסק דמוציאין מיד המקבל מתנה או מיד הלוקח ומהדרי' ליה למ"ק דהוא המוכר או הנותן יע"ש

במציאו למדין דלדעת הר"ן ז"ל והרמב"ן והריטב"א והנמקי"י דאף היכא דהתו' לית ליה טע"ב במאי דקם תפיס כגון בעיא דלא איפשיטו' וכיוצ' אם בא לידו מכח מתנה או מכירה המקבל מתנה או הלוקח הם מוחזקים ואין מוציאין מידם ולדעת הרא"ש ז"ל והטור ז"ל לא שאני להו בין תפס ברשות לתפס שלא ברשות וכפי זה שכתבנו בנ"ד דשמעו' שהוא המקבל מתנה הא' הוא מוחזק מכח הנותן אין כח בידינו להוציא מתחת ידו ואף דהספק הוא בתפיסה עצמה אי שפיר תפיס או לא מאחר דאיכא רובא כאשר נבאר לקמן

ואיברא דלכאורה קשיא לי דברי הרמב"ן והר' הנמקי"י ז"ל דסתרי אהדדי דמאחר דהשריש לנו דכל דבא לידו של תופס מכחו ורשותו של הבעלים לא מפקי' מיניה דלוקח או מקבל מתנ'וא"כ מאי שנא דגבי ארנקי דכתבו הרמב"ן והרב הנמקי"י ז"ל דכיון דבעיין לא אפשיט' מוציאין מן מקבל מתנה כאשר כתבנו לשונם למעל' וליכא לצדד ולומר דלא כתבו הכי אלא דוקא גבי ארנקי משום דהריעותא בקנין גופיה אמנם מ"מ דכל היכא דתפיס ברשות דמהני היינו משום דאין הריעותא בגופו של קנין אלא הקנין ברור ואלים כההיא דכור בל' כו' • וכן שמעתי מחלק לחד כורבא מרבנן טובייא דחכימי שחילק כן לקושיא אחריתי ונומיתי לו דמה יתן ומה יוסיף דהקנין גופיה אלים סוף סוף מאחר דאיכא לאסתפוקי בדעת הבעלים דהם המקנים אי דעתם להקנותם אף בכה"ג או לא אין ,מעשה הקנין כלום •

ושוב מצאתי ראיתי להר"ן הביא דבריו הר' בא"ו גבי בעיא דמשוך כו' דכת' וז"ל וראיתי מחלקים דהתם בכור בל' וכו' משיכ' גמורה עבד אבל הכא דהספק בגופו של קנין כו' מפקינן מיניה ואין זה כלום אדלי דהתם נמי איכא לאסתפוי' דילמא מוכר לא נתכוון להקנות עד שימשוך לוקח כל הכור כו' יע"ש • הרי בהדיא דלא ניחא ליה להר"ן לחלק בהכי ואף אם נחלק בהכי כלי שלא יהיו דברי הרמב"ן ז"ל סתראי מ"מ מה נעשה לדברי הר"ן דהא בההיא דארנקי דהביא הרב הנמקי"י ז"ל ובמתנה מוציאין מן המקבל לנותן סיים בלשונו וכ"כ הרנב"ר ז"ל יע"ש ע"כ אלא דלזה יש לדוחה לדחות דסיום לדברי הר' הנמקי"י קיימי לחלוק'דהפק' דוקא

א"ה הרואה דברי הר"ן ז"ל שהביא הנמקי"י בשורשן והוא בשיטתו למציאה עיניו יחזו דאין מקום לדוחה לדחות כהכי אלא דברי הרב הנמקי"י סופו נעוץ בתחילתו ומאי דכתב וכ"כ הרנב"ל קאי נ"כ ארישא דמילתיה שכתב דבמתנה מוציאין לאוקומי בחומ"ק והילך לישנא דהר"ן שם בשיטתו למציאה בהך בעיא דארנקי וז"ל ולענין הלכה בעיין לא אפשיטא הילכך נקטינן כו' בהפקר כל הקודם זכה בו דליכא למימר אוקמי אחזקת מ"ק דהא אסיקנא בנדרים דהפקר לאו כמתנה כו' אבל במתנה אוקמינן ליה בחזקת מ"ק ומוציאין מן המקבל לנותן כו' יע"ש ומעתה אחרי ראות דברי הר"ן אלו חורה קושיית רבינו המחבר למקומה כלומר לאיתנה הראשון) אם נחלק ממתנה למכירה ודוקא במכירה דומיא דכור בל' דהבעלים נהנים משכנגדו התם אמרו דגמר ומקני משום דתפיס ברשות ולא כויא תקיפא לא כן במתנה דלא שייך האי טעמא וכאמר

ונאמר דהנה דמגינו להרמב"ן הביא דבריו הרא"ש ז"ל בפ"ק דבכורות גבי בע"א דנראה דלא אפשיטא דאם נתנוהו הבעלים לכהן כו' דלא מפקינן מיניה הואיל והתפיסו ברשות והביא ראיה מכור בל' כו' בבריא דר' עקיבא דיש בכור כו' יעו"ש אע"ג דהויא מתנה מאחד מכ"ד מתנות חשיבא כעין מכיר הואיל ונהנה מככר מלוה וה אין הדעת סובלתו לחלק בין דמגינו דנותן בעין יפה נותן ומוכר בעין רע מוכר

ואיברא דלכאורה קשיא לי דברי הרא"ש אהדדי דבבכורות סתים לן האי חילוק' דהרמב"ן ז"ל ומשמע דלדינא הכי פסיק והטור נמי פסקו בסי' הכ"א והנה דהרא"ש והטור סוף סי' שכ"ו ס"ל דתקפו כהן דמוציאין יעו"ש מ"מ מאחר דהוא תפוס ברשות אין מוציאין והשתא תקשה לן לכאורה הלא הרא"ש ס"ל דאף דהתפיסה בא ע"י רצון ורשות הבעלים לא מהני וכמו שכתבנו לעיל

וראיתי להר' דוד ן' לב ה"א דנ"ל לתירץ עם לשון הרמב"ן ז"ל דברי הרא"ש ז"ל דסו"פ השואל דכת' דהיכא דאמר המשאיל לשון מסופק יד השואל על העליונה דכיון דהשואל תפיס אין מוציאין מידו עם דברי הרא"ש בפ"ק דמציעה

וכבר כתבנו דהרא"ש בבבא דארנקי ובהשי' דמשוך חולק על הרמב"ן ז"ל ודעימיה וס"ל להרא"ש דל"ש תפיסה שלא ברשות ול"ש ברשו' בכל גוונא מוציאין מידו והא דפ"ק דבכורות יש לחלק דס"ל להרא"ש התפיסה ברשות כה"ג דבמסירתו לידו של כהן קא עביד מלוה גמר ומקני ליה להכהן מעין מקדיש כל נכסיו כו' אלא דדברי הרא"ש דסו"פ השואל דהביא לדינא דשטמא דרבי' כל פרדיסי דאית ליה משום דהשואל מוחזק הנה דהפיסתו בספק קשיא ולכאורה עלה ע"ד לכוין ריהטא לו' דטעמים להרא"ש בהא דהשואל היינו משום דכיון דהלשון מסופק ושואל פרדיסי טובא או תרי פרדיסי והכל איכא במשמעותו של האי לישנ' כל כה"ג איבעי ליה להמשאיל לאסוקי אדעתי' ולפרושי ליה לשואל ומדהוי' דשתיק בשעת שאלה אמרינן דלכולהו פרדיסי מסרי' ליה. ניהליה ושבק הבחירה ברצון נפשו של שואל. מאחר דהשואל תפיס וס"ל להרא"ש דטעמא דכור בל' דראשון ראשון קנה משום דתפיס היינו נמי מאחר דליכא תרי לישני והו"ל להמוכר לפרושי דיבוריה ומדלא פירש ודאי דשבק הבחירה ברצונו והפכו של לוקח מאחר דהמקח בידו של לוקח ולא בידו של מוכר וזה היה נראה לכאורה לחלק ע"ד הרא"ש ושהדי במרומים דאחר ימים מצאתי חילוק זה בדברי התוס' דפ' המדי' דע"ו ע"ב יעו"ש

ברם אחרי רואי דברי הרא"ש דפרק קמא דמציעה בבבא דתקפו כהן מוכח דלא ס"ל כמו שכתבנו וכמו שיר' המעיין בהשקפה ראשונה ולמאי דאתאן ע"ש דדברי הרמב"ן שהראי' ניהו יש לחלק דכיון דלא מסריה ניהליה הנותן למקבל אלו דורקו והמקבל מתנה הדר תפסיה זה לא חשיב תפיסה ברשות אלא תקיפ' לא כן בהביא דכור בל' כו' וכדומה דהוא ניהו מסריה ניהליה ליד הלוקח כמו דמסרי' איניש זה וליונא לנה חשי' תפיסה ברצון הבעלים

ומכל זה שכתבתי משם הרמב"ן והריטב"א והר"ן והנמק"י דכל דהתפיס' דתפי' הלוקח או המקבל מתנה הויא תפיסת ברשות אז המקבל מתנה או הלוקח הם מוחזקים הנה דאיכא ס' בהקנאה עצמה כהביא דכור בל' דהספק הוא אי נתכוון המוכר להקנות שזה בפני עצמה או לא היתה כוונתו אלא דוקא כור שלם ולא שזה ושזה לעצמה א"כ משמע דנפשט ספיקו של ה"ה פ"ט מזכיה דין כ"ג גבי הוא אומר ש"מ הייתי והמקבל מתנה אומר בריא היית כת' וז"ל ונר' דאפי' לה ליכא למימר מיגו כיון דיש עדים דמחמת מתנה זו באו לידו אחר שנותן להיות מוציא כו' אחר שהמטלטלין הם ביד המקבל וצ"ע עכ"ל והשתא אף דמתנת ש"מ לא חלה אלא לאחר מיתה מ"מ אין הספק במתנה עצמה אלא בהורה אי היתה מש"מ ומצי למיהדר ביה או מתנת בריא היתה ולא מצי למיהדר ביה מ"מ מה שהמקבל מתנה תפוס במתנתו מכח רשות הנותן היא ועדיפא מהביא דכור בל' כו' דלא מפקינן מיניה דלוקח אף דהס' היא במכירה עצמה

וראיתי למרן שם בכ"מ דפליג על סברה זו של ה"ה וכתב דהדבר פשוט מאחר דליכא מיגו כיון דיש עדים דמחמת מתנה באו לידו מפקינן מיניה דמקבל מתנה יעו"ש וכ"כ הרב מקור ברוך רמזו הכנה"ג יעו"ש ומהנר' דפשיטות זה לא הוי אלא לדעת הרא"ש והטור בהביא בע"א דמשוך כו' דפסקו הרא"ש והטור דמוציאין מיד הלוק' אף דמה דתפיס הלוקח במקחו הוא מכחו של מוכר אמנם לסברת הרמב"ן והריטב"א והר"ן והנמק"י ז"ל המקבל מתנה הוא המוחזק ושפיר קא טעין דבריא היית מאחר דמאי דתפיס הוא מכח הנותן

ואין סברא לומר דמאי דפליג מרן ז"ל הוא דוקא היכא דלא התפיסו הנותן אלא דתפיס המקבל מתנה ברם היכא דבשעת המתנה מסרו הנותן להמקבל מתנה מודה ובא מרן ז"ל דהא ליתא כמו שיראה המעיין ולפי מש"כ למעלה בהאי דינא דקיימי ה"ה ומרן ז"ל אף הרא"ש ס"ל דלא מפקי' מיד המקבל מתנה מאחר דטוען טע"ב דבריא היית וכל היכא דהתופס טוען טע"ב לא מפקינן מיניה לתופס ולמ"ש שם הרא"ש בכתובות וליכא לחלק ולו' דהא מדברי הריטב"א שהביא הר' בא"ו בסוגיא דבר שטיא והבאתי דבריו לעיל דכתב דאף מטלטלי דתפסה הלוקח בעדים מפקי' מיניה כו' וכ"ש בקרקעו' דלאו בני תפיסה נינהו עכ"ל מוכח לכאורה כמ"ש מרן דהכא הרי הלוקח בא טוען בטענת בריא דחלים הוה המוכר ויצוד דעל טענת שמא לא מהניא מיגו וכמ"ש הריטב"א הביא דבריו הרב בא"ו למציאה בפ' השואל גבי כור בל' ואפי"ה פסק הריטב"א דלא מהניא תפיסת הלוקח

הא ליתא דא"כ תקשה לן דברי הריטב"א אהדדי דהא גבי כור בל' כו' כתב דכל דהתפיס'

להתפיסה ע"י רצון ורשות הבעלים אין מוציאין מיד
הלוקח הגם דיש ספק בהקנאה עצמה וכמש"ל וא"כ
איך כתב גבי בר שטיא דמוציאין המטלטלין מיד
הלוקח אלא ודאי דהכא גבי בר שטיא לא חשיבה
התפיסה חשובה מרשות ורצון הבעלי' דלהלל דהמוכ'
לא הוה שפוי בדעתו אלא שוטה הוי לא מקרי
תפיסה ברשות ומש"ה הוא דפשיט ליה להריטב"א
דמוציאין מיד הלוקח ואם כן בהא דמרן דקיימי'
דבתורת מתנת בריא בא לידו מאחר דהתפיס'
בהם ע"י רצון ורשות הבעלים אזיל ומודה הריטב"א
דלא מפקינן מיניה דמקבל וכמ"ש ובהאי חילוקא
שכתבתי לגבי בר שטיא לא חשיבא התפיס' מרשות
ורצון הבעלים ליכא סיוע מזה שכתבו הראשונים
להילוק הב' דתירץ הר' מהרימ"ט שם סי' קכ"ו

ואיברא דמדברי תלמידי רבינו יונה
ז"ל דהביא הר' בא"ז לכתובות
שם גבי תירוצו דר' נהמן דאוקי תרי כו' כתבו
וז"ל ואיכא למידק הך תפיס' היכי דמיא כו' ואי
כשתפס בפני עדים לא מהני כו' ואם באת לדחוק
ולו' כו'. דמשום דטוענין עיצ"ב אין מוציאין מידו
עדין יש לנו ראי' מהא דאמרינן פרק מי שמת
הנותן טוען ש"מ הייתי והמ' מתנה טוען בריא
היית אעפ"י דתופס המקבל מתנ' מוציאין מידו
ותירצו רבני צרפת דמהני ליה כגון דתפס קודם
שנולד הספק כו' ודוקא במטלטלי כו' עכ"ל הרי
בהדייא דפשיט להו לתלמידי רבינו יונה ז"ל בהאי
דינא דקאי מרן ז"ל דלא מהניא תפיס' במטלטלין
היכא דתפס בפני עדים וכסברת מרן ז"ל ומדהוצרכו
לתרוצי הכי ר' צרפת אין ראיה דס"ל כס' מרן
ז"ל דרבני צרפת לא קיימי אלא לעיקר הקושיא
מסוגייא דכתובות עם הביא דתקפו כהן המנס
היכא דליכא תקיפה אלא תפיסה מרצון הבעלים
כהאי דינא דקאי מרן ז"ל אה"נ דמודו רבני צרפת
דמהני תפיס' כדעת רוב של הראשונים הנז"ל וכבר
נודע דהאי שמא דר' צרפת מכנים לבעלי התוס'
ובדברי התוס' שם ליכא רמז מזה אלא התירוץ דקודם
שנולד הספק

גם דברי הרמב"ם מסייע ליה למרן ז"ל דמוכ'
מדבריו דהאי דנאמן דוקא מטעם מיגו
המגס היכא דליכא מיגו וכגון דשתפיסו הנותן
למקבל מתנה בפני עדים החפץ והעדים אינן
יודעים אם היה בריא או ש"מ מפקינן ליה מיניה
דמקבל מתנ' ולדברי הרמב"ם כפסק הטור סימן רנ"א

וראיתי להר' כ"ך שם ס"ק ו' דאזיל בשיטת
מרן ז"ל דדבר פשוט הוא דלא
מהניא תפיס' ודהה לדברי ה"ה ז"ל דהצריך עיון
בדבר והכריע סברתו ממאי דקיי"לן בעלמא דאם יש
עדים ורא' אינו יכול לטעון נתת לי במתנ' ה"ה
הכא כיון דאין העדים יודעים אם היה הנותן ש"מ
או בריא יע"ש ואין זה הכרח לפי מ"ש הראשונים
ז"ל הנז"ל דנקטו במושלם דכל שהתפיס' בא מרשו'
ורצון הבעלים אף בש' דדינא לא מפקינן מיד
התופס ומאי דקיי"ל בעלמא התם בתקיפ' קיימינן

ולא בתפיס' מרשות ומשמעות דברי ה"ה מוכיחין
כן דנקיט בלישניה כיון דיש עדים ולא נקט כגון
אפי בא לפרש האופן והמציאות דליכא מיגו ודוק ׳

הכלל העולה מכל הדרוש בכתב דבנ"ד אף
לטעם השני אין כח בידינו להוציא
מיד שמעון שמוחזק במתנתו מאחר דהרמב"ן והריטב"א
והר"ן והנמק"י שהכין ארבעה קיימי בשיט' אחת
בכל ספיקא דדינא אם התפיסו הנותן ברשותו
ורצונו כל כה"ג שפיר קא תפיס הנלע"ד כתבתי
הלעיר.

אליעזר
חי טולידו

סימן י"ב

שלחו מתם מארץ ירושלים תובב"א שטר
כתו' וחתום ע"ד דראובן שנתחייב
ש"מ לבת אחותו וזה נוסחו לפ"ע ה"מ בא ראובןוכה
אמר לנו הוו עלי עדים גמורים וקנו ממני קגו"ש
במדל"ב וכתבו ותנו ביד האשה בת אחותי מפ'איך
מדעתי כו' בלי שו"א כו', רציתי ברעות נפשי
שכשאפטר מטעו' שיתחלקו נכסיו אשר השארתי ביד
המורשים שלי אשר מניתי בקושט"א לפקח כו' ולאופן
המועיל לפו"ד וכו מהז"ל אמר לנא ראובן כלשונהזה
הריני מתחייב את עצמי בסך עשרת אלפים גרו"ש
לבת אחותי גופא משועבד לפירותיו שתקח הריוח
כל ימי חייה ותוכה בהם שא"ק פטירתי כו' והיה
כל זה בקגו"ש במדל"ב שקנינו אנהנו הח"מ מיד
ראובן ע"כ הנז"ל והכל דלא כו' ודלא כו' בביטול
כו' ובפיסול כו' ועל דבר אמת ה"ס כה עה"ק ירוש'
ח' סיון ש'התקפ"ט ושו"ב וקיים וחתימי עליה תרין
אריוותא מהרח"א נאגין ומהר"ח פינטו הי"ו ואשרוהו
וקיימוהו שערא דנא הרב מהר"ש סוזין ודישרין
שמיכין עלוהי וזה לשונם הנפק שע"ד כו' ודין קיומיה
ויען שמוע' שמענו שיש מערערין על האי שטרא
הוכרחנו לבא בשו'רת דרך אר"ש לפי מה שנתוודע
לנא ב"ד דה"ל מכי מגידי אמת דראובן מקדמת
דנא כבר כת' לה לבת אחותו הנז' שטר מתנ' מסך
עשרים אלף אריות לפירות עשוי כתקז"ל וכאשר בא
בגילוי הדבר הזה בשטר מתנ' הכתובים במתא
קושט"א מפי ראובן ושם בא"ר"ה ויען ראובן הנזכ'
לתועלת בת אהותו נתן לה פע"הק תו' סך עשרת
אלפים אריות ליוה לכתוב האי שטרא מסך עשרה
אלפים גרוש לפירות ולא מפני זה נתבטל ההקנאה
הראשונה' ואף אם נאמר דנתבטל מ"מ קניה דאיתיה
בהאי שטרא הנז"ל כבר עשוי לפו"ד וכתקז"ל יען
כתוב בל' חיוב ואיכא קנין ואין כאן משום מטבע
נקנה בחליפין כידוע ליודעי דת ודין יושבי על
מידין ולפי מה שראתה עינינו אין שום פקפוק
בשטרא דנא בענין ההקנאה כי הכל שו"ב וקיים
ע"כ ועתה בא המורשה של האשה המקבלת המתנה
הנז' פה קושט'א עירינו יע"א לגבו' העשר'ה אלפי'
גרו"ש

גרוש' ולהניחם לריוח היום לאכול הפירות והקרן יהיה אחר העדרה לש' אחיה כאשר ציוה הנותן ובאו שמעון אחיה והמורשה בפנינו ב"ד להורות לנו את דבר המשפט

תשובה לפום ריהטא יש לגמגם בהאי שטרא המונח קמן דלא כתיב ביה כתבוה בשוקא כו' והגם דכתוב בשטר דנעשה לפו"ד וכמהו"ל כבר כתבו דלא תלי יעויין להרב הכנה"ג סי' רמ"ג הגב"י וסי' ר"ן הגה"ט ובשאר ספרי דבי רב וכי אימא האי שטרא אינו לשון מתנה אלא לשון חיוב ולא ראינו בשרש ליגזה המובא בטור סי' רמ"ג ובספרי גדולי אחרוני' שדנו דין מתנה טמירת' בלישנא דחיוב וכנ"ד הנה אף אתה אמור לו דאין לו ראינו ראיה וזה אשר מצאנו ראינו בכתבי הרב דברי אמת בזכרונותיו אות חיוב וז"ל שם כתב הר"ן בחי' לגטין דה"ן ע"א וכת' הרא"ה דהמתחייב לחברו מתנה היא וצריך למכתב כתבוהו בשוקא כו' וליכא למסמך אאחריות שבה כו' ועיין להריטב"א לקדושין דכ"ה ע"א דכת' דשטר חיוב היינו שטר מתנה וכ"כ הרמב"ם הובא בטור ח"מ סי' ר"ח הרשד"ם א"ה סי' קנ"ז והר' כ"מ ח"א סי' ס"ד כת' דבהודאה כעין איסור גיורא לא בעינן כתבוהו בשוקא ומהריט"ט ח"מ סי' ד"ן כו' והרא"ש סימן ל"א ומ' כת' דמהני והרב בעל כ"מ שם כתב דראיותיו בריאות וטובות ועי' בה"ב סימן י"ד עכ"ל הרב ז"ל הרי נפי' דאסברא לן הרא"ה והסכימו הר"ן והריטב"א שם בחי' לגטין ולכאורה ליכא מאן דפליג על הרא"ה דס"ל דשטר חיוב דין שטר מתנה יש לו וכמו דבשטר מתנה בעינן דתהא גלויה ומפורסמת כך בעינן בחיוב ועי' להר' מ"ל ה"ב סי' ל"ו והר' ידש"מ ח"מ סי' כ"ג נשאל הר' על שטר חיוב כעין נ"ד והבי' דברי הרא"ה הנזכר כתוב בכתבי הר' ד"א ז"ל וכת' דלכאורה יראה דאין חולק עליו יע"ש ומעתה הכי דיינינן בנ"ד דלא זכתה המקבלת מתנ' מה"ט

אמנם הרואה יר' דאיכא למי' דזכת' המקבלת המתנה בנ"ד והוא דכבר עשה לה ר' זה הנותן לבת אחותו מקדמת דנא שטר מסך ד' אלף גרוש' כאשר ראינו בשטר מתנה של ש' אחיה דכתוב ביה וס"ך ד' אלף לבת אחותו ומרוב אהבת הנותן עם המקבלת המתנה פרע לה מקצת חובו בעודו בחיים חיותו ר' קרנא ופרינמלא דאיכא הוכחה גדולה בנ"ד דבשעת החיוב הסך ד' אלף גרוש' היה בלב שלם ולא נתכוונה' מתנה טמירתא כדי שלא תזכה המקבלת מתנה דהא מעשיו מוכיחין דיש לו אהבה גדול' עמה ומעיקרא בעידן חיובא גמר בדעתו לשם מתנ' גמו' וזה נר' פשוט לע"ד דשטר מתנה דלא כתיב ביה כתבוה בשוקא והתחיל הנותן לקיים דבריו לתת להמקבל מתנה מקצת מהדבר הניתן לו ושוב אחר זמן בא הנותן לבטל שטר המתנה בטענה דלא גמר כלל בדעתו בשעת הקנין להקנות שום דבר והראי' דלא כתיב ביה כתבוה בשוקא כו' היעלה על לב איש שופט ושוטר היושב על המשפט לבטל שטר מתנה בלוו מטעם חיסור הכתיבה דכתבוה בשוק' כו' בלתי שום טעם וטענה אחר דהתחיל לקיים מאי דכתב בשטרא הא ודאי לא וא"כ מאחר דבנ"ד כבר נתחייב ונשתעבד לפום דינא בשע' הקנין ושפיר חל חיובו על נכסיו וזכתה המקבלת מתנה בסך הד' אלף אלא דלא רצה הנותן מתנה הנז' בשעת הפרעון של יו"ד אלף לפגום שטרו ולכתבה לה שטר מתנה על שארית החוב שהם הי"ו אלף הנותרים וכן כתב במכתב ראובן הנז' הנותן לשמעון אחיה של המקבלת מתנה ידוע תדע דכבר קיימתי מצות פריע' המחצית של שטר החוב של ד' אלף אריות ממרת אחותך שנתחייבתי לה זה ימים ועתה כבר מסרתי לה יו"ד אלף אריות וזה הוכחה גדולה דהשטר החוב המתנ' שעש' לה ראובן לבת אחותו היה מתנ' גלויה ומפורסמ' בלתי קנונייא מדלא צריך להודיע לשמעון דלא יפרעו לה אלא החצי הנותר הרי גילה דעתו דחיובא מיהא איכא וכיון דטעמא דדינא למתנה טמירתא לאו משום דאיכא גרעון בגוף הקנין אלא מהני טעמי דכתבו הפוסקים ז"ל והיכא דאנן ב"ד ראה ראינו בדעתו של נותן דלמתנ' גמורה איכוון תו לית לן לאסתפוקי כלל

ועוד איכא טעמא רבה בנ"ד בהאי שטרא דחיובא המונח קמן דאין בא בידינו לבטל השטר מטעם דלא כתבו העדים כתבוה בשוקא כו' דאפשר דלא נהגו בעיר ציון לכתוב בשטר חיוב כתבוה בשוק' אלא דוק' בשטר מתנ' וכמו כן בעי' גדו' שאלוניקי יע"א לא נהגו לכתוב בשטר חיוב לכתבוה בשוקא כו' וכמו שהעיד בנו הרב מהר"י מולכו נר"ו בס' שנ"מ חיים מדבר במפתחות ס' הנז' דקמ"ט ע"א וז"ל אמר המגיה פה קושטא נזהרין הסופרים לכתוב בשטרי חיוב לכתבוה בשוק' ובעוב"י שאלוניקי לא ראיתי ולא שמעתי מי שערער בזה ויש לעמוד אם כו' כיון שלא נהגו לכתוב ולא חשו לסברה הלזו יע"ש דאפי' בשטר מתנה גופא אם לא נהגו כתוב כתבוה כו' מנהגם מנהג וכמ"ש הרלב"ן וא"כ מאחר דמצינו דהאי סברה של הרא"ה לחידוש לן דבעינן כתבוה אפי' בשטרי חיוב ומצינו דאיכא דוכתא דחשו להאי סברא ומצינו נמי דאיכא דוכתא אחריתי דלא חשו לה א"כ ליכא למימר בדוכתא אחריתי דלא ידעינן בה היכי נהגו אי חשו להאי סברה של הרא"ה או לא ובא לפנינו מאותו דוכתא דיש ספק לנו שטר חיוב ולא כתיב ביה כתבוהו בשוקא כו' לית לן למימר דהשטר חספא הוא מדלא בא במכתב האי לישנא דכתבוה בשוקא משום ספיקא דדילמא אי דוכתא חשו לסברתו של הרא"ה ואית לן לבטולי האי שטרא דהא ליתא דכל הבא לבטל שטר המונח קמיה בי דינא דכתיב כתה"ל וליכא שום פקפוק בלישנא דשטרא אלא דראינו דאיכא לאסתפוקי בגופא דמנהגא היכי נהיגי וע"י זה אתה בא לבטלו בטענה דדילמא האי דוכתא חשו להאי סברא של הרא"ה ז"ל וכמו שנהגו הכי בדוכתא אחריתי הא לא שמיע לן כלומר לא סבירא לן והמעיין יראה דלא שייך הא דכתב הר"ח"ש כללי הקי"ל אות ז"ך דוק ואם יאמר האומר מאחר דלבו של אדם נוקפו להוציא ממון מיד המוחזק דכלל מוסכם הוא המוציא מע"ה

מע"ה ושמא עיר ליון הכי נהיגי כעי' קושט"א דתפסו סברת הרא"ה ז"ל דאידם לן דאפי' בשטרי חיוב צריך למכתב ביה כתובהו בשוקא כו' מ"מ נ"ל ידין ידין דזכתה המקבלת המתנה בת אחות הנותן והוא דהממון הלזו שאנו דנין עליו הנה הוא ביד שליש לא בא ליד ממעון אחיה דהוא בעל הגוף מעולם וא"כ יש לצרף ס' הפוסקים המוכים כהה של המקבלת המתנה הגם דלא כתיב כתובהו בשוקא דהנה הרב הכנה"ג בתשו' ח"ב סי' ז"ן ברים וליגנם אחת לאחת ס' הפוסקים המוכים כהו של מקבל מתנה ובכנה"ג הגה"ט אות יו"ד ואף דהרב הכנה"ג שם בתשו' סיים וכתב , אך אמנם כיון דכל הדעות הללו אינן מוסכמים כו' יע"ש היינו מטעמא דהיורש הוא המוחזק לא כן בגוונא דנ"ד וכמובן

ודרך אגב ראיתי להר' הכנה"ג שם ז"ל ומיבו לענין מחלוקת מהרי"ן ן' מיגאש דבמתנה בקנין לא דיינינן דין מתנה טמירתא כו' דאפי' המקבל מתנה מוחזק מפקינן מיניה ואינו יכול לומר קים לי דיחיד הוא כו' יע"ש ואי משום הא דיחיד הוא אברא דאנן בנידון ראינו באי' הרמ"ה ז"ל לבתרא הנדפס בזמנינו וכתב שם הרמ"ה פ' חזקת דפ"ו ע"ג ד"ה ברם כו' דכתב כן , בהדיא דתלמודא דהיים לסתמא היינו דוקא במתן דיהיב מתנה בשטר גרידא דלית ביה קנין כו' אבל היכא דאקני ליה בקנין כו' קני דלאו בשטרא קא מכוין לאקנויי ואע"ג דקי"ל סתם קנין לכתיבה עומד לאו למימרא כו' יע"ש הרי בהדיא דתלינו חבר לסברת מהרי"י בן מיגאש ז"ל.

אכנם לא עקתא דאעיקרא אין כן דעת מהרי"ן מיגאש דסובר כן דבמתנה בקנין לא בעיגן כתבוהו ולא פסלינן שטרא וכמו שהבינו גדולי אחרונים בדברי הטור שכת' וז"ל ואיכ' נמי לתי' דאפי' אי קנו מיניה והבינו גדולי האחרו' דכן דברי הטור ובא להלוק על ס' מהרי"י ן' מיגאש אלא המיתוחן של דברים הוא דהוא סיום דברי הר' מהרי"י ן' מיגאש וכמ"ש פ' חזקת והביא לשונו הר' בה"ז שם וז"ל האי מתנה טמירתא היכא למימר דלא הויא אלא מתנה דלית בה קנין כו' ואיכא למימר דאפי' דקנו מיניה דקי"ל סתם קנין לכתיב' עומד כו' והאי טעמא בתרא עפי עדי' ומסתבר ועבדינן כוותיה עכ"ל הנך רואה בעיניך דט"ס נפל בדברי הטור באוכן דלא מלינו לאוזרה חבר לסברת הרמ"ה הנ"ל ולדקו לדברי הרב כנה"ג דאפי' המקבל מתנה הוא מוחזק לא מלי למימר קים לי .

עוד ראיתי לו להרב הכנה"ג שם בתשו' דנ"ו ע"ד ד"ה ואם באת כו' דהביא מחלוקת מהר"ם אלשי"ך ומהר"כגאלאנטי ז"ל דמהר"ם אלשיך ה"ל דאפילו דאין כתוב בשטר המתנה כתבוהו בשוקא כו' יכולין העדים ע"פ להגיד כי אותה מתנה גלוייה ומפורסמת היתה אלא דטעו , ולא פירשו הדבר ואפי' בשכ"י יוצא כו' ומהרמ"ג חולק כו' יע"ש וסיים הרב שם דסברת החולקים על מהר"ם אלשיך היא יותר מחוור ולא יביה אלא מחלוקת היורש הוא המוחזק ע"כ גם בזה אנן בדידן ראינו

להרמ"ה שם פ' חזקת דפ"ו מן הס' ע"ב וז"ל והאי דלא אמר תלמודא פסולה נ"מ דלא קרעינן ליה לשטרא דאי מתברר מפומא דסהדי דשטרא גופיה דלאו כו' ולמתנה גמורה איכוון מגבינן בה יע"ש והמעיין יראה דאף בשכ"י יוצא ממ"א ש"ל להרמ"ה דמגבינן נה יע"ש וע' להרב מט"ש ח"א סימן כ"ט הגב"י אות ו' ודוק באוכן דבנ"ד דהממון ביד שליש שפיר ואלים כחה של המקבלת המתנה הגם דלא כתיב בשטר כתבוה בשוקא אף אם נאמר דס' הרא"ה היא פשוטה ומוסכמת מכל הפוסקי' ז"ל וזה שכתבתי דאיכא לזכותה להמקבלת מתנה מטעם דהממון הוא ביד שליש הוא בלתי טעמא קמא דכתיבנא אבל אם באנו לטעמא קמא הנז"ל אף אם אין הממון ביד השליש אליפ כחה של המקבלת מתנה לגבו' שטר חיוב הגם דאינו כתוב בשטר כתבוה בשוקא כו' הנלע"ד כתבתי הצעיר

אליעזר די טולירו

סימן י"ג

על ענין שטר מתנה שבא לפנינו וה. נוסחו לפ"ע כו' איך נתחייב הר' פ' לאשתו פ' מע"כ ה"ג ש"מ לאשתו דוקא ולא לב"כ ומעתה וקף עליו ועב"ך כו' ונתחייב מע"כ ה"ג לפרוע הסך הנו' לאשתו בשלימות בשנה אחת קודם פטירת הר'. פ' אם תהיה אשתו בחיים נעת ובעונה ההיא כו' ובירר דבריו המתחייב מע"כ שאם תעדר אשתו בעוד בחיים המתחייב אז פקע חיובו יען שכל חיובו שנתחייב הוא אם יעדר המתחייב בחיי אשתו וכך אמר לנו המתחייב שטר חיובא דנא כו' ומ"ות כו' י דלא כאסמכתא וכל לישנא דריע וגריע ומשתמע כו' ואפי' באנפי לחיקי וס' יחידאה ולקיום כו' , וגם נשבע ש"ח כו' עכ"ל השטר ויורנו אם יש, לפקפק בשטר מתנה הלזו

תשובה לכאורה איכא לאסתפוקי בלישנא דשטרא דנא דהוי בלשון אסמכתא אם יעדר המתחייב בחיי אשתו וכיון דכן מלו היורשים למימר דילמא סמיך עליה המוריש דענין המיתה היה תהיא היא תחילה הגם דהוה אפי' לכדד דבכה"ג דמיתה ליכא לתא דאסמכ' דאיך נאמר דסמיך עלה דהיא תמות תחילה מאחר דמילתה כדנא תלויה ועומדת בידי שמים מ"מ הרי הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י סי' ר"ז מחודש מ"ב וז"ל כתב הרשב"א על מי שהתנה עם אשתו שאם תמות היא מיתה ור בעלה לאביה כ"כ מעות ואם תתאלמן היא שיורשי בעלה יתנו הסך הנז' לה והשיב הרשב"א דאין כאן אסמכתא דהא קנו מידו בין שתמות היא בחייו בין שימות הוא בחייה ולא אמרו כל דאי לא קני אלא כשעיקר הדבר שהוא משועבד תלוי ועומד אבל כאן אין עיקר ההקנאה והשע' תלוי בו דבין יהיה כן אוכן השעבוד וההקנאה קיימין כו' עכ"ל מתברר מדברי הרשב"א דלא אופן ההקנאה והשעבו' תלוי ועומד זכגוונא דנ"ד איכא לתא דאסמכתא אף באוכן

באופן כזה דהדבר תלוי בידי שמים כגון מיתה ולפי זה נ"ל שפיר מלו היורשים למימר כי נמא שמיך עליה המוריש וכו' ותשו' הרשב"א פסקה מור"ם שם סעי"ג ויעוין מש"כ האחרונים ז"ל על מה שכותבין בכתובות שאם תפטר ח"ו דהוי אסמכתא והביאו מחלוקת הראשונים אי מהני וקניא אסמכתא בשעת נישואין יעו"ש וע' בש' בנ"מ ס' שפת הים להר' מהר"י תאיו ה"מ סי' מ"ב

ואיברא כיון דבנ"ד האלמנה היא מוחזקת מכייא למימר קי"ל הנה דאפשר לומר דלא הועילה כלום האי תפיסה מאחר דכשבאים היורשים ליתן לה מזונות יכולין לטעון הרי שלך לפניך וכותינו שהוא תחת ידיך דקי"ל דאין המתנה מתנה ונמלא דזוכתינו גבך ומשם איזון הא לא מכריעא כלל לכאורה דהא קיל"ן כל היכא דהיתומים טוענים טע"ב נתננו ליך מזונות והיא טוענת שלא קבלה כלום דהיא נאמנת מטעם דנכסי בחזקת האלמנה קיימי וכמסקנת הש"ס פ' אלמנה ניזונת דל"ו והשקו הפוס' כן וא"כ לו יהיה דהשיב טענת קי"ל טענת בריא וה"ל כמו שטוענים האלמנה והיורשים טענת בריא מ"מ מאחר דהיא המוחזקת וכשבאים היורשים בטענת דאיזון מהמתנה והיא טוענת דאכה מתנה בטלה דקי"ל דהמתנה חלה ולא הוי אסמ"כ וא"כ עדיין לא נטלתי דמי המזונות על היתומים להביא ראיה דלא חלה המתנה כלל ותטלם המעות בתורת מזונות ולא מבעיא לסברת מהרש"ך בה"א ובה"ג דפשיט ליה דבפלוגתא דרבוותא אי אבדה מזונותיה או לא דהיא המוחזקת ומפקינן מיניה דיתמי ליתן לה מזונות וסמיך עלה מסוגיא הלזו דיתומים אומרים וכו' דפ' אלמנה ניזונת וכו' אלא אף לדעת הר' כנה"ג א"ה סי' ל"ג והר' מש"ל פי"ח מאישות הלכה אי דהמהו עליו דמאי מייתי מההיא דפ' אלמנה דרב המרהק דהתם אין הס' בעיקר החיוב אי חייבים ליתן לה מזונות או לא אלא החיוב של המזונות הוא ברור אלא דאיכא ס' בפרעון מש"ה היא המוחזקת לא כן היכא דאתיילד ספק בעיקר החיוב אי רמי עלייהו לזונה עדייקא לא דדילמא אבדה חיוב המזונות והיתומים הם המוחזקים מ"מ בכה"ג דנ"ד דהיא נוכא ממש כההיא דפ' אלמנה דהא רמי עלייהו לזונ' ודעתייהו לזונה אלא דהס' הוא אם נפטרו מחיובא דמזונות כל כה"ג היא המוחזקת וא"כ שפיר זכתה האלמנה נמה שהיא תחת ידה בתורת מתנה •

אמנם המעיין יראה דאיכא לפלוגי להאיא דכ' אלמנה ניזונת כו דהתם ה"ט דאמרו דכל ספיקא דאיכא בפרעון המזונות היא המוחזקת משו' דאלומי אלימוהו הכמי' חיוב המזונו' דלא יוכלו היתומים לומר פרענו דאי מהימנת להו לומר פרענו ממילא תעקר מנייהו דיתמי חיובא דמזונות דמלו המרי פרענו ומה הועילו הז"ל בתקנתם שתיקנו לה מזונות הא בכל שעה ושעה יאמרו פרענו לה וכמ"ש התוס' שם ד"ה יתומים כו' אפי' למאן דפליג על ר' יוחנן כו' יע"ש וכ"כ הרא"ש שם והר"ן שם פירש הסוגיא לטעמא דהיא מוחזקת היינו מהאי טעמא גופיה דרבנן העמידו הנכסים בחזקתה כו' כדי שלא יוכלו היורשים לומר פרעתי יע"ש וא"כ האי טעמ' שייך היכא דאינהו גופייהו באים בהך טענה דפרעון דעל פיהם נולד הס' לנו אמנם היכא דאיכא ס' קמי בי דינא בלכתא היכי הוי כגוונא דנ"ד אימא לך דהיתומים מוחזקים וכ"ש לפי פירושם של הראשוני' שם בסוגיין דפירשו לטעמא דאלמנה היא המוחזקת היינו משום דהטוען אחר מעב"ד לא אמר כלום יע"ש וכלומר דה"ל כמאן דנקיט שטרא בידה מש"ה לא מהימנן ליתומים יע"ש

ברם צריך את למידע דכל זה שכתבנו לפלוגי נ"ד מסוגיא הלזו דפ' אלמנה הוא לפום חילוקא של הר' הכנה"ג והר' מש"ל ז"ל אבל לפי דעת הר' מהרש"ך דסובר דבכל ספיקא דדינא היא המוחזקת וכההיא דפ' אלמנה כו' תו לית לן שום חילוקא לשנויי אלא בכל ספיקא האלמנה היא המוחזקת גם הר' ב"ש סי' ל"ג ס"ק א"ך גבי הנהו תרי ליסני אלמנה עניה שנשתה ב' שנים או כו' כתב וכבר כתבתי בס"ק ך' בכל פלוגתא דפוסקי' היא המוחזקת יע"ש

ועוד כיון דכתוב בשטרא דנא וחומר וחוזק שטר חיובא דנא ככל חומר כל השטרות הכשרי' כו' הנעשי' ומסודרים בב"ל חשוב באופן המועיל ע"כ כתקו"ל דלא כו' ודלא כאסמכתא כו' וכל לישנא דריע וגריע דמשתכח בשטרא דנא קביל עלוהי המתחייב מעכ' שיהא נידון לזכו' האשה ואפי' באנפי דהיקי וס' יהידאה ע"ל • וכבר השמיענו מהרשד"ס סי' ה"ן ה"מ והסכים עמו תלמידו הר' לח"ר ורמזו הר' לכנ"הג סי' ר"ו הגהב"י אות וז"ל כיון דכתוב בשטר האי לישנא דכי פי' וחומר כו' דאפי' שהשטר אינו כתוב כהוגן מ"מ אחר שהוא מקבל באופן שנהגו ישראל לכתוב שלא נר' אסמכתא א"כ ודאי בהא כ"ע מודו עכ"ל והרב פ"מ ה"א דרמ"ו ע"ג כת' וז"ל היה מספיק האי לישנא לסלק אסמכת' כו' דכיון דליכא שום ריעותא אלא מטעם דאפשר דלא גמר מקני כיון דהוי אסמכתא או אי חזינן דכתבו שהדי בשטר זה כחומר כל השטרות שכך ליוה להם בעל השטר המתחייב לשונה מספיק לסלק האסמכת' דאנן סהדי דגמר ומקני כיון שליוה להם שיכתבו את השטר כתיקון כל השטרות המועילים כו' אבל לגבי שאר ריעותות כו' אפשר דלא מהני וכבר כתוב בארוכה כו' יע"ש והן הן הדברים שכתב בח"ב סי' י"ל דכ"ו הרי דמתברר מלדברי שלשת הרועים הרשד"ס והרב לח"ר והרב פ"מ דהאי לישנא דחומר וחוזק כו' הוא מעלה ארוכה להיכא דהס' אינו מחמת קנין אלא דשמא לא גמר להקנות כו' גם הרב כנה"ג בתשו' ה"א דפ"ו ע"ג סי' ע"ו הסכים לזה ולידל הרב שם בהגהה אף ע"פ שיש חולקים כו' שו"ר דאין חולק על זה יע"ש ופוק חזי מאן גברא רבה בקי בחדרי התור' דהעיד בנו דלא מלא חולק בהאי לישנ' דחומר וחוזק כו' דמסלק האסמכתא אליבא דכ"ע

ובפי אימא הרי לשון הרב פ"מ הוא לבא בדבריו פעמים שלש שכן ליוה להם שיכתבו השטר כחומר וחוזק יע"ש ומדקפיד הרב בהאי לישנא משמע דבעינן אמירה בפי' שיוה להם שיכתבו את השטר כך דומיא דאמר לנו כתבו' בשוקא .

בשוקא כו' ברם היכא דלא אמר להם אלא להעידם משום שופרא דשטרא דכך נהיגי למכתב לא מהני

הא ניחא דא"כ דבעינן ליווי בפי' הלא בנוסח השטר המובא שם כתבו' הר' פ"מ בח"א ובה"ב חסר ליווי של בעל השטר אלא מאחר דהעדים כתבי הכי וחומר וחוק כו' קביל עלוהי המתחייב הרי הם מעידים שכך קבל לכתוב שטר בלשון המועי' בלתי שום פקפוק

ואיך שיהיה נתברר מכל מ"ש דבהאי ליסנא לחומר כו' מסלק האסמכת' וכדכתי' משם גדולי אחרונים וראיתי להרב מהרא"נ"ח ח"ב סי' ל"ו הביא דבריו הכנה"ג שם הג"הט אות ק"ך דאם כתוב בשטר מבלי שאוכל ליפטר בשום טענת אסמכת' פשי' דמהני דטעמ' דאסמכת' לא קני משום דאמדינן דעתיה דלא גמר ומקני דסמכ' דעתיה שלא יהיה הדבר אבל מי שמפרש שאינו רוצה להפטר בשום טענ' אסמכתא הא סבר וקביל וגמר ומקני וכמ"ש נאמן עלי כו' ומפסיל עדים כו' דכל תנאי שבממון קיים עכ"ל ומינה להיכא דכתוב בשטר' דקיבל עליו המתחייב שיהא נידון כו' ואפי' בס' יחידאה דנמל' דסבר וקביל וגמר ומקני דאינו רוצה לפטור עצמו בשום מן טענת אסמכתא דמהני אלא דכבר מהרא"נ"ח ח"א סי' ס"ו נשאל על ליסנא דשטר' דנא מבלי שאוכל ליפטר והשיב דעדיין כל זה אינו שום להציל אותו מדין אסמכת' יע"ש ויעוין להרב הכנה"ג שם הגב"י אות קפ"ז אמנם אף לפי דברי הר' מהרא"נ"ח אלו דפשיט ליה דהגם דכתוב בשטר דקיבל עליו שלא יוכל להפטר כו' דלא מהני מטעמא דזה סמכא דעתי' שלא יבא הדבר הגורם היזקו ולא דמיא להאי דהפוסל עדיו ולהאיך דנאמן עלי מ"מ היכא דקביל עלוהי בכי' שלא יוכל להפטר בטענת קי"ל ואפי' בפלוגת' דאסמכת' מהני אף לדעת מהרא"נ"ח דהא שעבד עצמו לכל הפוסקים דליכא אסמכת' וכמ"ש במ"א ומינשי' בכל יום דיינינן הכי אף במילתא דאסמכת' ועיין להרב הק"ל הא"ה הג"מ סי' ל' דפ"ד ע"ג הנלע"ד כתבתי נאום הצעיר

אליעזר

די טולידו

ס"ט

סי' יד

שאלה יעקב ולאה דנדבה רוחם ונפשם אותם להלוך בארצות החיים ובא יעקב ומכר ביד ר' שותפו כל חלקו וזכותו שהיה לו בממון השותפות ונתנו לו במתנה גמורה לר' ע"מ דכל ימי חייו וחיי אשתו יתחייב ר' לשלוח ס"מ לשבוע כל ימי חיי איש ואשתו שניהם יחד ובהעדר אחת מהם יפחות ר' מן הסך ההוא ס"מ והלכו לאר"ץ והיה ר' הנז' מקיים תנאו והיה שולח ליעקב ואשתו הספקתא בשנים ובהמשך הזמן כי באה השמועה דנעדר יעקב בעלה היה שונה ר' נידה של לאה אלמנת יעקב הסך דנתחייב דהיינו מחצית הסך הנז' ובהמשך הימים נשאה אותה לגבות כתובתה מנכסי בעלה ולהנשא לאיש אחר וכן עשתה וניסת לאיש אחר כהלכת גוברין יהודאין ושלחה אגרת חתומה לר' באמר' דאיך היתה עכ"ב בידו ואינו מקיים תנאו לשלוח לה הסך דנתחייב לה בקגמ"ך וכתוב בספ' והתו' בשטר מ אומר וקיים מגיד אומר וזה נוסחו ולכל ימי היות האשה פ' הנז' בחיים מיום העדר בעלה מן העולם והלאה ע"כ ימי היותה בחיים בא"י דוקא ואפי' עד ן' שנה כו' הנה נתחייב ר' כו' וכיון שכן תובעת לאה מר' דיקיים תנאו ור' טוען דאדעתא דהכי לא נתחיי' אלא דוקא כל ימי היותה בחיים במגר אלמנות' יושב' לכבוד בעלה ובהיות' נשואה לאיש אחר לא נתחיי' לה יורנו מורינו ורבינו להיכן הדין נוטה ושכמ"ה

תשובה לפום ריהטא נראה דאין טענת ר' טענה לפטור עצמו מחיובו דנתחייב כתהז"ל וכמפורש בשטר החיוב דהא משנה שלימה שנינו ר"פ הנושא דהנושא את האשה ופסקה עמו כדי שיזון את בתה חמש שנים חייב לזונה כו' נשאת לאחר כו' יע"ש הרי לאורה דהגם דגרשה ואינה יושבת תחת כבוד בעלה ואיכא אומדנ' דאדעת' דהכי לא נתחייב לבתו אפ"ה לא אהניא ליה לבעל טענתו שטוען דלא נתחייב אלא כל זמן דאשתו מסתופפת בצילו דוקא הא היכא דהלכה והית' לאיש אחר אדעת' דהכי לא נתחייב אלא לא מבטלי' השטר והקנין דנתחייב בשתם בשעת החיוב וכמו כן בנ"ד והרי הוא כמבואר

ואיברא דאם האמת אתנו דדמיא נ"ל לההיא דבת אשתו ממש אם כן מינה נשמע דדיינינן הכי אף אם גרשה יעקב בעלה ללאה אשתו בגט כריתות הוה מחייבינן ליה לר' הבא בשאלה לקיים חיובו וזה אינו במשמע ולאו כל מוחא סביל דא דבעודם בחיים הבעל ואשתו שהיתה כבר אינה מסתופפת בצל בעלה דאין בעלה חייב במזו' עוד דיתחייב ר' לתת לה ולזונותה ולא עוד אלא דאף אם נשאת לאה לאיש והלכה והיתה לאיש אחר והיא נזונת משל בעלה האחרון דיחוייב ראובן לזונה דומיא דבת אשתו דהגם דנשאת לאחר והא לא שמיע לן

והגם דבנ"ד לא צריכינן למפטריה לר' מכח הסברה דהא כתוב בשטר' דנא במולג קמן וז"ל ולכל ימי היות האשה בחיים מיום העדר בעלה מהעולם והלאה כו' נתחייב ראובן כו' עכ"ל הנה מפורש יוצא דלא נתחייב לה ראובן אלא ממיתת בעלה מן העולם והלאה הא אם בעל' בעולם אלא דגרשה לא עלה ע"ד של ר' להתחייב לה שום פרוטה אלא לבעלה והיא ניזונת משלחן בעלה אמנם בהעדר בעלה דליתיה בעולם דליתיב לה מזונות אזי נתחייב ר' לזונה דאדעתא דהכי מסר יעקב בעלה כל ממונו דהיה מתפרנס הוא ואשתו דכל זמן דאיתיה בעולם הוא ואשתו יקיים ר' לשלוח להם הסך הנז' ובהעדרו מן העולם שלא תהא אשתו חוזרת על הפתחים התנה יעקב בעלה עם ר' דיקיים שילו'ח לתת לה מזונות באופן דבנ"ד צריכין אנן

בי

בי לינא לומר לשניא נ״ל מהביא דבת אשתו גרס למאי דאתאן עלה דנתאלמנה לאה מיעקב בעלה והלכה והיתה לאיש אחר והיא תובעת מזונות מכח שטר החיוב לכאורה איכא לאיוביה לר׳ דומיא דבת אשתו וכאמור למעלה בראשית מאמר

והנה אם היה היה בנ״ד נוסח השטר הנו׳ בכי האי לישנא ולכל ימי היות אשתו של הר״ן בחיים מיום שעדר בעלה מן העולם והלא׳ ע״כ הוה אפשר לצדד ולמימר דמאחר דהאי לישנא בלשון בני אדם הוא לשון היות שם אישות המיוחד לבעל אזי הוה דיינינן דוקא היות׳ לאה יושב׳ באלמנו׳ לכבוד בעלה הר״ן הנו׳ ומנא אמינא לה מאותה תשו׳ הרדב״ז הלכות ה״א סי׳ רג״ל דנשאל בר׳ דנתנה לו רשו׳ אשתו לישא אשה אחרת עליה ושמה אסתר ונשב׳ ראובן וזה נוסחו ונשבע ראובן שלא ישא אשה אחרת עליה כל זמן שאשתו אסתר קיימת ועתה רוצ׳ לגרש׳ לאסתר אשתו דהיא השניה ולישא אחרת אם נשמעי׳ האי לישנא דכל זמן דאשתו אסתר קיימת הוא עמו דוקא ואם גרשה מותר לישא אחרת עליה בלתי רשו׳ אשתו הראשונה או משמעותיה הוא כל זמן שהיא בחיים ואסור לישא אחרת והשיב וז״ל האי לישנא כל זמן שאסתר אשתו קיימת לא משמע אלא כל זמן שהיא עמו ואם גרשה שוב אין זו אסתר אשתו אע״פ דהיא בחיים כו׳ וגדולה מזו אמרו גבי המקבל לזון את בת אשתו גרשה והחזירה בטל החיוב לאשתו מן הנשואין הראשונים משמע כ״ש בנ״ד דאשתו כל זמן שהיא אשתו משמע עכ״ד הרב ז״ל

הרי דאסברא לן הרב דבלשון ב״א האי לישנ׳ דתיבת אשתו הכונה דוקא דהיא מיוחדת לו לאישות ולא אמרינן למאי דקאמר האי לישנא דתיבת אשתו הכוונה הוא אשתו שהיתה כבר דומיא דעבדי דהיה לו כבר אבל עת׳ אינו עבדו דזה אינו משמעות בלשון ב״א אלא לא קרו אינשי האי לישנא דתיבת אשתו אלא במיוחדת לו לאישות דוקא

וא״כ דבאנו לידי מידה זאת מינה נשמ׳ בנ״ד דאי הוה כתוב בשטר׳ דנא ולכל ימי אשתו של הר״ן בחיים הכי הוה משמעותיה בהיותה מיוחדת לו ליעקב בעלה דהיא יושבת באלמנות לכבוד בעלה דלא ניסת לאחר ומינה היכא דניסת לאיש אחר דאז הוה פטיר ועעיר ר׳ זה הבא בשאלה מחיובו ברם בנ״ד דכתוב בשטרא דנא ולכל ימי האשה פ׳ בחיים איכא למימר דהחיוב דנתחייב ראובן היה היה אפי׳ דליכא אישות כאשר היתה באמנה

האמנם הרואה ירו׳ דהא לא מכרעא דהגם דלא כתיבה כה״ג בלישנא דשטרא בראשית מאמר עכ״ז כבר כתוב בהאי שטרא למטה מהאי לישנא קמא וז״ל והוברר דסדר החיובים הנז״ל להר׳ יעקב ואשתו הוא להם דוקא ולא לב״כ כלל עכ״ל השטר הרי השתא לפרש הסדר האופנים לכל א׳ וא׳ דהיינו יעקב ולאה אשתו הוברר כו׳ נקנה להם דהיינו למיוחד׳ לאישו׳ וכדברי הרדב״ז ות׳ הלוו של הרדב״ז רימוזה הרב קהלת יעקב בקונט׳ לשון בני אדם סימן עו״ר דק״ג בלתי שום מחלוקת

אמנם ראיתי להרב ט״ז בח״מ סי׳ סי׳ דנשאל על ר׳ דנתחייב לבנו ולכלתו ליתן להם מזונות ודירה ומת בנו וכלתו תובע חלק מזונו׳ כפי אשר פסק אמיה ואבי הבן טוען דאדעתא דהכי לא נתחייב אלא כל זמן דבנו הי כו׳ ופסק הרב ז״ל דחייב ולא אזלינן בתר אומדנא וכמו שמפורש גבי בת אשתו כו׳ ולא עוד אלא אפי׳ כתב בשטר בהדיא בל׳ שאני חייב לזון את בת אשתי אין לו טענה מדכתב בת אשתו ש״מ כל זמן שאת אשתי דוקא קאמר דא״כ אמאי אמרינן בסיפא הפקחים היו כותבין כל זמן שאת עמי כו׳ אלא ש״מ דאין פיטור מועיל אלא לשון זה דוקא ולא לשון אחר וא״כ אפי׳ לשון בת אשתי לא מהני יע״ש הרי אתה רואה להרב דדן דינא דחייב דהגם דכתוב בת אשתי לא אמרינן האי לישנא הוא באשתו המיוחדת לאישות דוקא אלא אמרינן דבלשון ב״א קוראין לשון אשתו הגם דאינה מיוחדת לו לאישות אלא אף דהלכה והיתה לאיש אחר ורשו׳ אחרים עליה ומעשה ידיה היא לבעלה האחרון עכ״ז לא פטרינן ליה משום דטעין המתחייב דלא נתכוון אלא לאשתו המיוחדת לו אלא אמרינן דלשון בני אדם קורין אשתו דהיתה כבר דומיא דעבדי שהיה כבר היפך מ׳ הרדב״ז נמלא דנ״ל לכאורה במחלוקת הוא שנוי בין הרב ט״ז ובין הרדב״ז וכבר חכמי דורו של הרב ט״ז חלקו עליו וכתבו דלא נתחייב אלא כל זמן דהיתה כלתו יע״ש

ולפום ריהטא נראה דלא אמרה הרב ט״ז לחייב מזונות לכלתו אלא דוקא בעודו כלתו באלמנות לכבוד בעלה החתן הנז׳ האמנם היכא דכלתו הלכה והיתה לאיש אחר בזה אמינא דאף הרב ט״ז יודה דפטרינן לאבי החתן דבשלמא בעודה כלתו באלמנו׳ לכבוד בעלה מאחר דשם בעלה עליה דכל זמן שלא ניסת חשבינן לה כאלו אכתי אגיד גבה בעלה אשר מהאי טעמא מעשה ידיה ליורשים ונדון הרב ז״ל היה היה בתובע׳ כלתו מזונו׳ ודירה כל ימי מיגר אלמנותה ומדתבעה דירה מינה נשמע דבאלמנו׳ היא יושב׳ דאם היה נשואה דהלכה והיתה לאיש אחר לא שייך לו׳ דירה וזהו אפשר לצדד ולומר בדעתיה של הט״ז לקרב הסברא והשכל מחייב בכך דאם כלתו הלכה והיתה לאיש אחר אף הרב ט״ז מודה ואפוטי כו׳ לא מפסינן לו׳ דפליג הר׳ ט״ז עם חכמי דורו מן הקצה אל הקצה דלדע׳ חכמי דורו דפטור אבי החתן אף ביושב׳ כלתו באלמנותה ולדע׳ הרב ט״ז לחייב לאבי החתן הגם דנים׳ לאחרים וכי תימא הא לכאורה משמע דלדע׳ הר׳ ט״ז הוא לחייב אף אם כלתו הלכה והיתה לאיש אחר דהא דימה נדון דידיה לההיא דבת אשתו שכ׳ וז״ל והדין שלפנינו ברור כו׳ אף שנתגרשה כו׳

וה״ן בדין זה אע״פי שכתב בשטר שיתן מזונות להזיווג אין לומר כל זמן שהזווג קיים כו׳ יע״ש וכמו דהתם בבת אשתו מחייבינן ליה בין נתגרשה אשתו וניסת לאחרים ובין לא ניסת מינה נשמע כו׳ מינה נש׳ דה״ה והוא הטעם שנדון הט״ז דמחייבינן ליה לאבי החתן בין בעודה יושבת תחת כבוד בעלה ובין ניסת לאחרים הא

הא לא מכרעא דאין כונת הרב ט״ז לבניא ראיה לדינו אלא לגם דהתם גבת אשתו הגם דנתבטל הזווג דהיא היתה הסיבה. אבל בגללה נתחייב לה בעלה לזון את בתו עכ״ז לא מפסדת המקבלת המתנה דהיא בת אשתו הבנאה והריוח דמגיע לה מהמת אביה כהכנסאת ה״נ בנדון הרב ז״ל הגם דנתבטל הזווג דמת בנו החתן עכ״ז לא מפסד׳ הבנא׳ והריוח דהגי׳ לה מבעל׳ כהכנים׳ לו והיינו דוקא דומיא דהתם דהמקבלת הבנאה דהיינו בת אשתו לא עשתה שום מעשה היפך דעת והשכל של המתחיי׳ דאי משו׳ דניסת הבת זה אינו היפך דעת והשכל של המתחייב דכך דרכה של כל הבנות הבתולות האמנ׳ היכא דהמקבלת הבנאה והריוח עשתה היפך דעתו של המתחייב כגון דניסת לאחר. בנדון הר׳ט״ז דהיינו כלהו שהיא מקבלת הבנאה דבזמן דהכלה היא יושב׳ תחת כבוד בעלה באלמנות אזי איכא קנת נחמה וקורת רוח לאביו של החתן בעלה דמאחר דעדיין שם בעלה עליה והכה מתנהגים עמה דהיא נקראת כלתו של פ׳ כפי הכל וליכא עליה שום ריעותא דעדיין שם הזיווג הראשון לא נתבטל מש״ה קן דינא הר׳ ט״ז דלא הפסידה כלתו מזונותיה דמה מעשה עשתה היפך דעתו של המתחייב דומיא דבת אשתו אבל היכא דמרדה כפי דעתו של המתחייב דהלכ׳ והיתה לאיש אחר דנתבטל שם של בעלה הראשון מעליה וממילה נתבטל מאביו ואמו שם הרוכים הנהמה והקורת רוח שהיה להם עמה והדרנה מתחדש לה מרה כלענה כאלו עתה מת בנם ומוסיפין יגון והנהה גדולה וכגון דא לא מלינו לה ט״ז דפליג עם הכמי דורו וכמו כן בנ״ד לא נקט יעקב בעלה מאת ר׳ ביהנייב לה לאשתו הנו׳ ה״מ לשבוע ללור מזונתי׳ אחר העדרו אלא דוקא היכא דהיא יושבת לכבוד בעלה באלמנותה דלא נתבטל מעליה שם בעלה הא׳ ויש לו קורת רוח גדולה לנר״ן כמ״ש בזו״הק דומיא דבת אשתו דלא עשתה שום מעשה היפך דעתו ושכלו של המתחייב לא כן היכא דהלכה והיתה לאיש אחר ונתבטל שם בעלה הראשון מעליה ומרדה בו דגרם יו ונר״ן שלו הירוכין וטלטול גדול כנו׳ שם בזו״הק נ״ש אין כח בידינו לחייבו בנ״ד לר׳ זה מכח השטר ומאחר שהומדנא מנגדת את זה וכאמור ◦

באופן דבנ״ד לא מבעיא לדעת הרדב״ז שכתבנו לעיל דודאי פטרינן לראובן הכא בשאלה מהמת הלשון דתיבת אשתו המיוחדת ליבות משמע וכמ״ש אלא אפי׳ לסברת הר׳ ט״ז דס״ל דלא דייקי׳ האי ליפנא מ״מ מכח האומדנא יש לפטרו לר׳ דעכ״ק הר׳ ט״ז אלא דוקא היכא דהכלה היא יושבת לכבוד בעלה הן לקורבת השכל הן לקורבת הסברו׳ דזה כלל גדול בידינו דאפושי פלוג׳ לא מפשינן כו׳ וכיון דכן בנ״ד דשפיר כביר מכח ידו של ר׳ שלא לתת שום כ״ק לאלמנה הנז׳ וכאמור

ואם יאמר האומר דזה דדייקינן מליפנא דשטרא דנא המולג קמן מתיבת אשתו של יעקב דבא לומר דהכוונה אינו אלא כשהיא מיוחד׳ ליבות וכסברת הרדב״ז דקאסברא לן דבל׳ בני אדם

אינו אלא היכא דהאשה הגם דנתאלמנה מ״מ כל ימי מיגר אלמנותה היא יושבת תחת כבוד בעלה דעדיי׳ שם בעלה עליה לא כן היכא דנתגרשה או דנתאלמנ׳ והלכה והיתה לאיש אחר דעוב לגמרי אלוף נעוריה דאוי לא שייך למקרייה בהאי ליפנא דאשתו דבלשון ב״א לא קרו לאשתו דהיה לו כבר בלשון אשתו בלתי ביהוף אשת פלוני דהיתה לו כבר וא״כ קש׳ לכאור׳ סוגיא דפ׳ השולח דת״ב דקרו אינשי לעבד שהיה לו מקודם עבדי בלשון המיוחד לעצמו הגם דהיום בשעת הקריא׳ הוא ן׳ חורין לא איכפת ליה דכוונת הקריא׳ הוא לשעבר עבדי דהיה לי כבר ושפיר אסברא לן הר׳ט״ז דגבי בת אשתו דוקא אם כת׳ לה כל זמן שאת עמי כמו שהיו הפקחים כותבין וכוונת הפקחות הוא זה לכתוב דוקא בהאי לישנ׳ כל זמן שאת עמי ולא היו כותבין בלשון בת אשתו דהוא יש לנדד בהאי ליפנא אשתו שהיה לו כבר ומש״ה נקטו בהאי לישנא דהוא לשון נח ומלוהלא כל זמן שאת עמי דלמעוטי בא והיינו זמן שנתגרשה או נתאלמנה ולכאור׳ קשיא להרדב״ז ז״ל דפשיט ליה דתיבת אשתו משמעותיה הוא אשתו המיוחדת לו ביבות ברם אם נתגרש׳ דעכשיו אינה מיוחדת לאישו׳ לא מקרייא בשמאשתו וא״כ למה כתבו הפקחים כי האי ליפנא דכל זמן שאת עמי ולא נקטו בלשון בת אשתו וכ״ת ה״נ ולאו בדוקא נקטו הכי אלא דנקטו בהכי דהוא יותר מלוהלא הא ליתא דא״כ למה נקטו הפוסקים כה״ג דכל ומן שאת עמי דאיכ׳ להסתפוקי דדוקא בהאי ליפנא הוא דמהני הא בל׳ בת אשתו מגן שויא ולא מהני ◦

האמנם המעיין יר׳ דהא לא מכרע׳ דמה דמות יערוך סוגיא דפ׳ השולח הנז׳ל דאמרו עבדי שהיה לי כבר דלוקא התם דקיימינן דכבר עשהו ן׳ חורין דקאמר כל נכסי נתוני׳ לפלוני עבדי וכוונת רבו לשחררו וא״כ היכי קאמר לשון עבדי הכא באותה שעה אינו עבדו דכבר שחררו והוו תרי לישני דסתרי אהדדי באמירה ודבור אחד וא״כ מתרלינן דגוריה דכוונתו הוא לשעבר עבדי דהיה לי כבר ולעולכהוא ן׳חורין אבל היכא דעכשיו באותו פרק הוה שייך לקרותו באותו לשון דהוה מקודם וכגווב׳ דנ״ד דבשעת החיוב דנתחייב ראובן לתת סך מה לשבוע ליעקב ואשתו דבאותו פרק הרי לאה היא אשתו גמורה המיוחדת לו ליעקב א״כ ליכ׳ לפרושי ולמימר אשתו שהיה לו כבר ודכוותה הוי תשו׳ הרדב״ז הנו״ל דכתב דאשתו כל זמן שהיא אשתו משמע אבל אם גרשה לא ולא אמרינן דליתפר ראובן לגרשה לאסתר וליסא אחריתי ושפיר איכא למקרייה אשתו שהיה לו כבר דומיא דעבדי שהיה לי כבר דשאני הכא בדון הרדב״ז דבשעה שנשבע ואמר כל זמן שאסתר אשתו קיימת הרי באותה שעה אינה גרוש׳ לפניו אלא עומדת ליבות וזה כלע״ד לחלק פשוט ◦

אמנם ראיתי דרב גדול מנגד לשאי חילוקא שכתבתי והוא הר׳ הגדול מהרימ״ט ז״ל ח״א סי׳ קכ״ב דהביא על השאלה דסימן ק״ך על רו״ב ולוי דהיו שותפים במוקש״צ אחת וגוו מיוחדה

מיהודה לצורך הבית' וכתבו שטר מלוה ליהודה איך חייבים לו ס"מ ונתחייבו לפורעם לו זוצ"ך כו' ואם ב"ו יהיה ד"ל אחד מהחברים הנז' ישאר הוא במוקטע"א אותו החבר יהיה חייב להשלים ליהודה' כל אותו הכסף שיהיו חייבים בעת ההיא כו' ועתה נפרד חבילת השותפות שבין שלשתם ונשארו שניים מהם בשיירות המוקטע"א ומת יהודה המלוה ובאו היתומים לתבוע חלקו של ראובן העומד בחוץ וטוען ראובן מאחר דכבר יצא מהמוקטע"א ונשארו שניהם גם יחד מהם יתפרעו היתומים כפי נוסח השטר ונפל בזה מחלוקת גדול בין מהר"א מונסון ז"ל ובין הרב מהרימ"ע ז"ל בהאי ליכא הכתוב בשטר אותו החבר אשר ישאר יהיה חייב להשלים כל אותו הסך שיהיו חייבי' דהרב מהר"א מונסון ז"ל דעתו לחייב לראובן הגם דהוא מבחוץ המוקטע"א מדקדי' להו חייבים דמשמע הוא לא פקע חיובה ובא רעהו הרב מהרימ"ע ז"ל ותבריה לגזיזיה של הרב מהר"א. מונסון וז"ל גדולה מזו אמרו כו' עבדי' שהיה כבר כו' ה"נ הק' כל הכסף שחייבים כבר אבל עכשיו נתרוקן החיוב מהם וחלה על זה הנשאר במוקטע"א עכ"ל ׃

ובשאני לענ"ד למודע"י אני צריך וטעמו ונימוקו עמו של הרב מהר"א מונסון ז"ל דמה דמות יערוך הר' מהרימ"ע ז"ל להאיה דעבדי שהיה כבר דהתם מאחר דפתח את פיו במאמרו דיאמר כל נכסי נתונים לפ' דהיינו שיהא בן חורין איך קא מסיים מאמרו לקרותו עבד אלא צריכין למשכוני נפשין לתרוצי דבוריה כדי דלא ליהוי תרתי דסתרן אהדדי הרס בגוונא דקיימי הרבנים ז"ל דבשעת מאמרן של השותפי' דהתנו דהנשאר במוקטע' יהיה חייב להשלים כל אותו הסך שיהיו חייבים הא ודאי לא מפרשינן בלשון עבר דהיו חייבי' כבר מאחר דהחיוב איתיה בההיא שעה דהנה הנם מדברי' וכגוונ' דתשו' הרדב"ז דבשבועות פריה ליבנ' דאיבא אשתו בהאשתו המיוחדת לאישות קאמר ולא קרו אנשי לאשתו דכבר גרשה נשאי שמא דאשתו ׃

ועפ"ז שכתבנו אזדא ליה לכאורה קושית הר' מהרימ"ע ז"ל שם תסוגיית דמגיל' על דרשת רז"ל על פסוק והשמותי את מקדשכם כו' דאמאי לא אמרינן מקדשכם שהיה כבר גם בדרשותיו פ' וישב הקשה כן הרב מהרימ"ע יע"ש ׃ האמנם לכמ"ש לא קשה מידי דהקללה היא בשעה דהמקדש הוא בנוי ומחריבו דומיה דרישי' דקרא דכתיב ונתתי את עריכם חרבה דהכונ' הוא דהמקלל דהערים הבנויים באותו פרק באותו זמן מחריב אותם והיו כלא היו כמו כן שמקדש דבנויי באותו זמן מחריב אותו ולא שייך למדרש מקדשי שהיה כבר ומאי דדרשו רז"ל קדושתן אף כשהן שוממין כוונתם הוא מדשינה הכתוב מסיפיה לרישיה דכמו דפתח הכתוב ברישא ונתתי את עריכם חרבה דאיבא' חרבה לבסוף כמו כן הו"ל ואת מקדשכם אשומם ומדקאמר והשמותי את מקדשיכם לדרשא הוא דאתא לאשמועינן דאף בעודן שוממים קדושתם הם עליהם וכ"כ הרב תוי"ט פ' בני העיר משנה ג' ז"ל וז"ל ודייק מדלא כתיב ואת מקדשיכם אשומה כו' עכ"ל

ועי' להרב ידש"מ ז"ל בדרשותיו ועי' להר' מהר"י אלגאזי בקונט' משנה לשון די"ב ובס' קהלת יעקב בקו' לשון ב"א אות עי"ן דהביא תשו' מהרימ"ט הנז"ל ולא הזכיר ע"ד הר' מהרימ"ע תשו' הרדב"ז הנז"ל והביאה הר' שם סי' עז"ר דמשמע לכאור' דפליגי

ואיך שיהיה הנה דנאמר בנ"ד דהאי לישנא הכתוב בשטרא דנא המולג קמו ליעקב ואשתו ס' האיודים כ"ז ואחד כו' כנ"ל אי אמרי' אשתו שהיה כבר כדברי מהרימ"ע או נאמר דאשתו המיוחדת לו באישות קאמר כסברת הרדב"ז מ"מ מצי ראובן למפטר נפשיה בטענת קי"ל דלא נתחייבתי אלא כשלאה אשתו של יעקב היא עומדת תחת כבוד בעלי' כל ימי מיגר אלמנותה האמנם היכא דנתגרשה לאה מיעקב בעלה או נתאלמנה והלכה והיתה לאיש אחר על אופנים כאלו לא נתחייבתי ׃

והגם דלכתוב בשטרא דנא וז"ל ומ"מ קבל עליו המתחייב סברת הרב הפוסק המאשר ומקיים כו' ואפי' שתהיה סברא זרה ודחויה כו' עכ"ל לא מגריעא מ"ש והוא דכונת ס' קבלת הר' הפוס' היינו לכל התנאי' והפרטיות דעברו ביניה' גרס לדברים הנולדים אחר זמן לאו בר קבלה הוא דהא אפי' אינהו גופייהו הבעל ואשתו לא אסיקו אדעתייהו מילת' שתתגרש או שתתאלמן האשה לאה הנז' וילך לאיש אחר ׃

וכי תימא מנ"ל הא דלאה אשת יעקב לא עלתה ע"ד כן והרי בת אשתו יוכיח דאמרינן דכך עלתה דעתה שלה שיתחייב בעלה לבתה הגם דתתגרש או תתאלמן מבעל' וילך לאיש אחר דיתחייב בעלה מזונות לבתה המעיין יראה דבנ"ד הא לא מכרעא דהא כל חיובו של ראובן הבא בשאלה שנתחייב ללאה אשתו של יעקב לזונה אינו אלא מפני כדי לעשות חפצו ורצונו של יעקב בעלה שיתחייב ראובן מזונות ללאה אשתו אחר העדרו מן העולם וראובן סר למשמעתו מפני דמסר בידו כל ממונו של יעקב דהיה לו בשותפות עמו ואילולי בקשתו של יעקב לא היה מתחייב ראובן מזונות ללאה אלמנתו אחר העדרו מן העולם יעקב בעלה וגדולי' אומדנ' כזאת דלא טרח ויגע יעקב בעלה של לאה אם לא דאשתו תשב באלמנות בעלה יעקב דאיכא ניח נפשה בנר"ן שלו כנז' בזו"הק וכאמור למעל' ואדעת' דיעקב נתחייב ראובן שותפו אבל ראובן לא נתחייב הגם דנתאלמנה או נתגרשה והלכה לאיש אחר דיתן לה מזונות מה שלא עלה ע"ד הנותן שהוא יעקב בעלה ולא דמי לבת אשתו דהתם מאחר דהיא בתו אמרי' דחפצה ורצונ' הוא דיתחייב בעלה להנאת בתה לתת מזונותיה הגם שתתגרש או תתאלמן והלכה והיתה לאיש אחר דמאי איכפ' לה וע"ד אשתו נתחייב בעלה אבל הכא בנ"ד דלא נתחייב ראובן אלא לבקשת חברו ואנן בי דינא מכח אומדנא דהיא תקיפא ואמתנית דלא עלה ע"ד של יעקב לבקש לה מזון לאשתו אלא כדי שלא תמות אשתו לאה ברעב כל ימי מיגר אלמנותה ולא עלה ע"ד דתמרוד אשתו

לאה

לאה ותנשא לאחר ותיזון מכח בעלה יעקב לדבר זה
אינו עולה על לב איש אפי' לפי דעת הפוחזים
והרקים ומאחר דיעקב בעלה של לאה אינו מבקש
תועלת אשתו אחר העדרו מן העולם אם תנשא לאחר
דלא עלה ע"ד כן א"כ הו"ל מעין דוגמא עובדא
דרב ענן דפ' הזקת דמ"א ע"א את גופך כו' וכי היכי
דאת לא הוה ידעת הוא נמי לא ידע יע"ש וכבר
כתב הרמ"ה שם בטי' סימן ק"ו וז"ל ולא תימא
הנ"מ כו' אלא אפי' היכא דהוי ספיקא לא הויא
חזקה כו' יע"ש הרי דאסברא לן הרמ"ה ז"ל דכדי
שלא להוציא מרשותא לחבריה ומספקא לן אי אית
ליה זכיה להבריה או לא מבטלינן המעשה שעשה
מאחר דלא ברירא לן מאי דעתיה

ודישתי דאתית להכי אף מהרימ"ט ז"ל
יודה יודה בנ"ד דלא מפקינן ממונא
מחזקת של ראובן לתת מזונות ללאה דהיא נשואה
לאחר בטענה דתיבת אשתו שייך אף היכא דנשאת
לאחרים דמפרשינן תיבת אשתו לשעבר אשתו שהיה
כבר דזה אינו וכאמור באופן דכפי מ"ש ראובן זה
הבא בהאלה פטיר ועטיר מלתת מזונות ללאה ׳

האמנם היכא לעיוני לכאורה מאחר דכתוב
בשטר המוגב קמן וזה נוסחו לפ"ע
ה"מ בא ראובן כו' ובעל טובת הנאה דהגיע לו מאת
הר' יעקב ואשתו הנה נתחייב כו' ע"כ מפורש יוצא
דלא בשביל בקשת יעקב בעל' הוא דנתחייב כדי
שתאמר מאחר דאיהו לא ידע מאין הרגלים דיתחייב
ראובן כיון דהחיוב אינו אלא אדעתא דיעקב דזה
אינו דהלא קבל ראובן טו"ה מלאה גופה ובעבור
טו"ה הלזו דקבל המתחייב דהיינו ראובן נתחייב
ושעבד נכסיו לתת ללאה מזונות אחר העדר
יעקב בעלה וכיון דחיובו של ראובן אינו אלא בעבור
קבלת טו"ה ממנ' א"כ מאן ספין ומאן רקיע למימר
דכשיר ועטיר ראובן לתת לה ללאה מזונות כיון
דהיא נשוא' לאחר הא לא באנו לחייבו לראובן בעבור
בקשת יעקב בעלה אלא בעבור הנאתו של ראובן
דהגיע לו מלאה אשת יעקב אחר שעשה זה איכא
למימר דהנה דהר' שבות יעקב ח"ב סי' קמ"ב דחה
פסקו של הרע"ו הנז' מ"ית הילק וכתב דטעמו ז"ל
דבר דמחוייב הבעל לזון לבת אשתו התם שאני דקבל
טובת הנאה ממנה בנדונייתה וזכה בירושת' ובמעש'
ידיה ובמציאתה מש"ה שעבד נפשו לתת לה מזונו'
אף אחר מיתת אשתו ובגירושין יע"ש ורמזו הר' יד
אהרן סי' קי"ד והר' בא"ה שם ס"ק ז' הרי דפשיטא
ליה להרב שבות יעקב דטעמא דבת אשתו אינו אלא
מתורת טו"ה שקבל מאשתו וא"כ בנ"ד נמי הא
כתוב בשטרא דנא דנתחייב ראובן בעבור טובת
הנאה דהגיע לו לראובן מיעקב ואשתו ושפיר
איכא להיוביה לראובן מהאי טעמא ׳

הא לא מכרעה כלל דטעמא דהאי לישנא
דנהיגי סופרי דוקני במתא קושט'א עירנו
יע"א הוא מטעמא דמאחר דהאשה מסתלק'
מגופן של הנכסים שעבודא דידה לא מכח כתובתה

דע"י המתנה אינה יכולה לגבות כתובתה ממנון
בעלה דכך נהיגי איש ואשה דהולכין לאר"ץ ירוש'
נותנין מתנות הבעל והאשה לקרוביו ולקרוביה בשע'
אחת ק"נ ומשיירים לעצמם פירות הנכסים של כל
ימי חייהם ומסתלק' האשה שעבוד כתוב' לכשתתאלמן
ולא נשאר לה על הני נכסי אלא שעבוד מזונו' דוקא
באופן דמגיע ליה להמקבל מתנה הנא' מהני נכסי
מאחר דהיו משועבדין לה למזונו' ולכתובה ועל ידי
סילוקה זוכה המקבל מתנה אבל היכא דנתגרשה
מבעלה בירוש' וגבתה כתובת' מבעלה או אם נתאלמני
וגבתה כתובתה מנכסי בעל' והלכה ונישאה לאיש
אחר והכניסה לו ממון שגבתה מבעלה הא' באופן
דאף אם לא היתה מסתלקת שעבודה מהני נכסי
המונחין לריוח שיום בחו"ל לא היתה גובה כתובת'
מהמקבל מתנה מאחר דכבר מלא' ידה לגבו' כתובת'
משאר נכסי בעלה ובשלמא אם היתה
לאה נותנת לראובן איזה דבר כגון דנתנו לה מתנה
ע"מ שאין לבעלה רשות או דה"ל נכסי מלוג ומסרה
לו הממון דלאו מתורת ממון בעלה בא לו לר' הנאה
אלא מכח דידה דומיא דבת אשתו דקבל בעלה ממון
דידה כגון נדונייתה ומעשה ידיה וכדומה דכולן באין
לו מכח אשתו שהם הגם דנפסק הזיווג דנתגרשה או
דנתאלמנה ונתבטלה ההנאה דהכניסה לו מ"מ בתר
שעתה קמייתא אזלינן דלפי האמת כבר זכה הבעל
בנכסי אשתו אבל היכא דאין הממון שלה אלא של
הבעל ומשום שעבוד דאית לה לגבות כתובתה מהני
נכסי לכשתתגרש או תתאלמן דמסתלקת מע"כ שעבו'
מחוב כתובתה אלא דלאחר זמן הדרה בה ונתגרשה
מבעלה וגבתה כתובתה במשלם או דנתאלמנה וגבתה
כתובתה וניסת לאחר דנמצא דלפי האמת למפרע לא
הגיע ההנאה ליד המקבל מתנה מדילה וכגוונא דנ"ד
דלא מסרו יעקב ואשתו ביד ראובן שותפו אלא
מלאי שבחנות דהיו מתעסקין בה יעקב וראובן ולא
עוד וא"כ מאחר דטעמא דדינא דאנו באים לחייבו
אינו אלא דומיא דבת אשתו ולא אזלינן בתר האומד'
היינו היכא דההנאה והריוח דהגיע להמתחייב היא
הנאה גדולה כגון בת אשתו דמכנים נדונייתה ושאר
הנאות לא כן בגוונא דנ"ד דלפי האמת כבר נתברר
למפרע דלא עשתה לאה לר' טו"ה מאחר דהשיגה
ידה לגבות כתובתה ונדונייתה מנכסי בעלה מבני חרי

ואחר החיפוש מצאתי למהריק"ש ח"מ סי' ס'
דיהיב טעמא אחרינא להא דבת אשתו
וז"ל קבל עליו לזון בתו וחתנו בי"ו שנים ומתה בתו
נ"ל כיון דכלל בתו עם חתנו כוונתו בהיותם יחד
ואומדים דעת המתחייב כו' ואין להשיב מהמקבל
עליו לזון בת אשתו דהתם לא תלאה באמו כלל ומשו'
חיבת נישואין נתרצה להתחייב לעולם אף אם נתגרש'
או נתאלמנה דליכא אומדנא כו' עכ"ל הרי דאסברא
לן הרב ז"ל דרב המרחק מחיוב דבת אשתו דאף דהגיע
לבעל ההנאה וממון נדונייתה וכנו' אי לאו טעמא
דחיבת נישואין הוה אזלינן בתר האומדנא יע"ש
וממילא היכא דליכא האי טעמא דחיבת נישואין
דיינינן דינא דאומדנא וא"כ בנ"ד הגם דנאמר דה"ל
לר'

לראובן טובת הנאה מאשת יעקב מ"מ היאומדנ' קורא נגרון דלא נתחייב אלא אם יושבת תחת כבוד בעלה הא אם נתגרשה דהבעל פטור ממזונות גם ראובן זה פטיר ועטיר מחיוב מזונות או אם נתאלמנה ונשאת לאחר והכניסה לו נדוניא לגבתה כתובתה מהיורשין דאז אין היורשין חייבין לזונה עוד מממון יעקב מוריהם גם ראובן פטור ממזונות לאה וכאמור

הכלל העולה מכל מ"ש דבמילתא כלנא דנ"ד אף לדעת הרב ע"ן דפסק כנדון דידיה דחייב במזונות כלתו כבר כתבנו דבנ"ד פטור זה המתחייב הבא בשאלה דהיינו ראובן מהטעמים הנז"ל ואף גם זאת גם הרב מהרימ"ע מסכי' והולך בהאי פסקא ולא דיינינן בכאן לומר אשתו דהיה לו כבר וכאמור למעלה וכבר כתבנו דאין בלשון הכתו' בשטר דקבל ראובן עו"ה מלאה אמת יעקב דכבר כתבנו דמילתא כלנא. דנ"ד לא חשיבא עו"ה ולא מגרעה כחו של ר' בעבור זה לחיוביה ליה במזונות לאה הגם דנשאת לאחר והכניסה לבעלה השני כל כתובתה ונדונייתה דגבתה מנכסי בעלה הראשון זהו מה שעלה לענ"ד בקצור נמרץ הצעיר

אליעזר

די טולידו

סימן ט"ו

שאלה ראובן וש' שהיו שותפים והיו חייבים לאחרי' אשר לא מבני ישראל ונפרדו איש מאת רעהו וזה נטל מקצת חובות לפרוע אותם לאחריותו ולטובתו וזה נטל ג"כ מקצת החובות לפרוע אותם לאחריותו ולטובתו וכתבו שטר מחיל' ופטורין זה לזה ובא במכתב שם דכל עת וזמן שיקום אחד מהב"ח שקבל השותף האחד לפרוע לו הנה כשיקום על חברו לתבוע חובו ממנו חייב השותף שקבל עליו לפרוע לבע"ח ההוא לסלקו מעל חבירו ולפרוע לב"ח כו' והן עתה קם אחד מהב"ח שקבל ר' עליו לפרוע ומצא את ש' וגבה כל חובו ממנו יען דכת"י שנתנו ר"וש לגוי היו חתומים ר"וש ועתה תבע ש' מראובן שיפרע אלו מה שפרע לגוי בעדו ובשבילו וראובן בא בטענה דלמה פרע לגוי חובו אני הייתי מרבה אוהבים לגוי והוה מחיל לי יורנו אם יש ממש בטענת ר' או לא ושכמ"ה

תשובה לכאורה נראה דזיל קרי בי רב הוא דטענת ש' הבא בשאלה טענה מעלייתא היא מכמה טעמי הדא ממ"ש התוס' פרק הכונס דנ"ח ע"א אי נמי דהא דפורע חובו דפטור היינו דוקא מטעמא דמדעתיה יהיב דמי הכריחו לפרוע ולהבריח ארי מחבירו אנוס היכא דהפורע לאו מדעתי יהיב ואין בדעתיה לתת פרוט' כלל כלל אלא מכח שהכריחוהו לשלם קא יהיב אוי מוהר דאית ליה פסידא לא חשיב מבריח ארי מנכסי חברו וזהו מ"ש בתלמוד מבריח ארי מנכסי חברו לית ליה פסידא הא אית ליה פסידא וכן כתבו שם הרשב"א והרא"ש והרב הנמק"י יע"ש והכי מתברר מדברי הרמב"ן הביא דבריו הר' בעה"ת שער ס"נ הביאם מרן בב"י סי' ק"ה ס"ח וז"ל ושמעינן מינה דלא מלי למטען מפיים הוינא ליה ומאי דאמרי' בירוש' גבי פורע כו' עילה מצאו שלא לחייבו לזה מפני שעשה שלא ברשות וכו"ל מבריח ארי יע"ש הרי לכאורה דאיכא למילף מתורתן של הראשונים דהיכא דהפרעון היה בע"כ מכח שהכריחו אותו לא נאמר האי דינא דפורע וכיון דכן בנ"ד דהפרעון היה מחמת אימא ופחד של גוי מחייבי' ליה לר' שישלם לש' כל הסך שגבה הגוי המלוה משמעון

ואף תשובני מאותה תשו' הרשב"א הביא' מרן סי' קכ"ח וז"ל נאמני שקבל לוו מגוים סך מה ומשכנו הגוים בהמות היאודי' ובעלי הבהמו' פחדו שלא ימותו ופדו אותם והקהל אינן רוצין לפרו' והשי' אין זה כפורע חובו דזה מוכרח לפרוע מהמתו ומחמ' הקהל דשותפין הן ומחמת כולן לוו יע"ש ואם איתא האי חילוקא דדינא דפורע לא נאמר היכא דהפרעון היה על צד ההכרח א"כ למה הוצרך הרשב"א ז"ל לחייב להקהל מטעמא דזה לא חשיב פור' מאחר דהן שותפים ת"ל מטעמא דלאו מדעתיה קא יהי' דאילו לטעמים דיהיב הרשב"א הא אילו הוה כה"ג באנים אחרינא דאינו שותף הוה פטר ליה מטעמא דפורע

הא לא מכרעה דאם באנו לדקדק כן מלדברי הרשב"א הויין דבריו לסתרן אהדדי דהא הרשב"א שם בחי' פ' הכונס העלה לפרש הסוגיין כחילוקן של התוספות מכח הדין דפורע חובו שהוא פטור יע"ש וא"כ ע"כ לריכין אנו למשכוני נפשין דהלשו' הריטב"א לאשמועינן האי חדושא דשותפין שאני ולאפוקי דהוה אפשר לגלד בהפך לאסוקי אדעתין דאף בשותפין נאמר האי דינא דפורע כו' וכסברת מהר"ם מינץ וכמ"ש הרב הכנה"ג שם הגה"ט"ו או' י"ו והגב"י אות ה' יע"ש ועיי' להרב ש"ך שם ס"ק ו' מה שהכריח מתשו' הרשב"א הלזו דלכאורה כפי מש"כ יש לעמוד והכי מתברר לכאורה מתשו' הרא"ש כלל ע"ג סי' ט' והגם דהתם נתשו' הוי מכח הכרח הדין שההלכה מחייב' מ"מ מליהיב טעמי' וז"ל דהא דאמרי' הפורע כו' מפסיד מעותיו היכא דמדעתי' קם ופרי' ולא היה מוכרח לכך יע"ש מוכח דכל שהוא מוכרח לפרוע חייב שכנגדו לפרוע, ואיך שיהיה כפי מ"ש מהמון של הראשונים ז"ל התוס' והרמב"ן והרשב"א והרא"ש והר' הנמקי' ז"ל וש"ר להרב כנה"ג במ"ב שם הביא לדברי הראשונים הנו' וכתב דגם רבי' ירוחם קאי בשיטה הלזו יע"ש תורה יוצאה בנ"ל לחייב לראובן לפרוע לשמעון כל מה שפרע לגוי בעדו ,

אלא דזה ימים תמהני על כללזה דהא לשון הירושלמי שהביאו הפוסקים ז"ל מנגד לזה דאמר ריב"ל אין לך אלם נתפס על חברו והוא חייב אלא במסים וארנונא יע"ש והא נתפס זה מוכרח הוא לשלומי ומאי ה"ל למיעבד אחר שהכריחוהו הגסדהו' אפשר לגלד ולומר דריב"ל בא לאפלוגי על סברת ר'

דר' יוסי דאמר התם דטעמא דפורע חובו ב"ח דהוא פטור משום דמפייס הוינא כו' דהאי טעמא לא סגי אלא היכי דקפורע' מדעתיה דמי הרשהו לשל' וכמ"ש הרב פ"מ שם בפי' הירוש' לזה בא לחלוק ריב"ל סמוך ונראה דאף במוכרח לשלם עכ"ז פטור שכנגדו, וכללא קיי"ל לן אין לך אדם נתפס כו' מ"מ אחר דהרי"ף שם פ' ב' דייני גזירות הביא לענין פסקא דדינא הא דר' יוסי והא דריב"ל גם הרמב"ם ה' הגזל פ"ה דין ו' פסק הא דריב"ל ובהל' מ"ול פ' כ"ו דין ז' פסק כר' יוסי דמפייס הוינא כו' יע"ש ואין לו' דריב"ל לא אמרה אלא דוקא בנתפס דחברו היה פטור מצד הדין וכיון דהיה פטור מצד"ה אם כן הוי עלילה דהא פרע ואמר הו' ממש וארנונא והאי היוצא הוא מצד הדין וכמ"ש הרא"ש ז"ל שם בכתובות וז"ל ארנון וגולגלת דינא דמלכותא הוי כדאמרי' בהגוזל דבר מחוז אבר מתא מיעבט ע"כ וכ"כ שם הר"ן וז"ל אם פרע מס המוטל על קרקעו' כו' חייב האחר לפורעו שדין המלכות כך הוא וכן כתב רש"י שם בהגוזל וז"ל רשות יש ביד הגבאי המלך למשכן בן העיר על מס בן עיר חברו דדמ"ד יע"ש הרי דנקטו דעיקר חיובו של חברו החייב למלך הוא מס וכרב' מינה נלמוד דנתפס על חברו דפטו' הוי דינא אף דחיובו של חברו היה מה"ד עכ"ז פטו' ואמאי הא לאו מדעתיה קא יהיב אלא מכח מה שהכריחוהו לשלם ודוקא במקום היכא דהכריחוהו לשלם משום דינא דמלכותא וכמ"ש הא בעלמא אף דכפוהו לשלם פטור

וכ"ת הרי כתב ה"ה ז"ל פ"ח מה' חובל הביא דבריו מרן שם סי' קכ"ח וז"ל ואפ' לו' דכיון דהם חוקי המלך כו' אפי' לקחם המלך מזה שלא כדין כו' יע"ש הרי דבהאי דינא דמס הוא אף בשלא כדין

די"ל דהכוונה דמזה שלקח המלך הוא שלא כדין ברם עיקר חיובו ש"ח וחייב למלך הוא מן הדין וכדסיים שם הרב ז"ל וז"ל באומן דפ' הגוזל וכמ"ש רש"י והראב"ד ע"כ ועי' להפמ"א ח"ב סי' כ"ז דפי' כן דברי ה"ה דבעינן דחייב למלך הוא מצד הדין יע"ש ולפ"ז היכא דחברו כבר קיים מצות פריעה למלך ועתה טוענין עליו שלא פרע או טענה אחריתי דמצד הדין פטור ונתפס אחר בעד חבירו למלך והוצרך לפרוע בשביל חברו פטור דזה לאו דינא דמלכותא הוא אלא המסנות' דמלכא

ואחר החיפוש רבה ראיתי להרב מהרימ"ט ח"א סי' קכ"ד רמזו הרב כנה"ג שם הגה"ט אות ג' דהביא האי כללא שכתבתי ממשל הראשוני' ז"ל ונרגש מהאי דינא דירושלמי כקושין זתיר' וז"ל לא פליגא להביא דפי' הכונה דהתם בשיש לו טענה ליפטר מאותה תביעה דנתפס חברו עליה ויכו' לומ' דלא הנהגו כלום וארנונא וגולגלתא היינו אפי' בא בטענה שכבר פרע או דפטרוהו אין חוששין לו כו' אבל בשאר מילי אע"ג דנתפס על חברו בע"כ וזהו הומר דהיה לו טענה ליפטר לא מחייבינן ליה לפרו' דלא שנקת היי כו' יע"ש הנה למדנו הרב מהרימ"ט ז"ל דבחוב ברור שחברו היה חייב דעדיין לא קיים מצות פריעה לבע"ח והכריחוהו לחברו לפרוע התם ודאי דמחייבינן ליה לחברו לפרוע מה שפרע בעדו דהא לא שייך טעמא דמי הרשהו לשלם דהא לאו מדעתיה הוה ותם וארנונא האמור בירושלמי הוא במה דכבר בא בטענה דפרע ואפ"ה בנתפס חברו חייב לשלם לחברו מטעם חוקי המלכים יע"ש והרי זה הפך ממה שדקדקנו מדברי ה"ה ז"ל דטעמ' דארנון וגלגלת היינו משום דהיה חייב חברו מן הדין גם ראיתי להרב מה"א ז"ל בהל' גבית חוב סי' ד' דהביא תשו' מהרימ"ט הלזו דפשיט ליה דכל פרעון דהוא על צד ההכרח והיה החוב ברור דחיובו' מחיי' שכנגדו דהרי הטור סימן שפ"ח סע"ד פסק להפך וז"ל ראובן דהיה חייב מעות לגוי ואנס הגוי כו' יע"ש

גם לדידי חזי לי לדקדק כן מדברי המרדכי פ' הגוזל בתרא שכתב וז"ל אמר ריב"ל כו' אבל אם תפסו בשביל ארנונא שהיה ראובן חייב למלך לפרוע ופרע ישראל בעבורו חייב ראובן לפרוע לו יע"ש דקדק בלישניה למנקט שהיה חייב למלך וכן ראיתי בספר' ש"ך שם ס"ק יו"ד שכתב דהאי דינא דנתפס דפטור הוי אע"ג דחברו היה חייב ולמד כן מהמרדכי ומתשו' הרשב"א ה"ג סי' הביא דבריו מרן בב"י סי' קס"ג מחודש ט' שכתב וז"ל ועוד דאפילו עשו רו"ש דבר שחייבין מה"ל ונתפסו הקהל אין רו"ש חייבין לשלם להקהל דאין לך אדם נתפס כו' וחייב לשל' אלא דוק' בארנון וגולגולת יע"ש הרי דיש להכרי' מדברי המרדכי והרשב"א והטור וה"ה דהבינו כונת הירוש' דהאי דינא דנתפס הוי בחוב ברור ושלא כדעת הרב מהרימ"ט

וראיתי להמ"ע שם ס"ק ו' דאזיל בתר איפכא מסברת הרב מהרימ"ט ז"ל שכתב דאע"ג דר"ת ודעימיה סוברין דבחוב זולת מזונות אשה לא נאמר האי דינא דפורע מודים בנתפס דדוקא היכא דפרע מדעתי' וגמל חסד עמו איבעיא הו"ל לפרוע כו' משא"כ היכא דהוצרך לפרו' בע"כ מאחר דנתפס מהגוי אין צריך לחזור ולשל' עכ"ל הרי דפשיט ליה דפרעון בע"כ מהגוי מגרע גרע דבהא כ"ע ס"ל דפטור וכסיעת הרשב"א שכתבתי ואעפ"י שהוא חוב ברור ומעתה אותה תשו' הרשב"א דנאמני הקהל שכתבתי למעלה אתייא כפשטי' מאחר דכבר מצינו להרשב"א דס"ל בפי' דאף דהפרעון הוא בע"כ נאמר האי דינא דפורע דפי' ודברי הרי' ש"ך הנז' שרירין וקימין

אלא דלפ"ז צריך אני למודעי דברי הראשוני' הנז"ל והרשב"א הוא מכללם שכתבו דהיכי דאיכא תרתי דהיינו פסידא ובע"כ לא נאמר האי דינא דפורע כו' וזכור אתי להר' שמע יעקב בדרשותיו רמזו הרי' מט"ש הנ"מ ח"ג בתשו' סי' ח"י דעמד בקושיא הלז וסיים והוא פלא ולא הזכיר תשו' מהרימ"ט הנ"ל אמנם בפי' זיאי רמזה שם הר' מט"ש הזכיר הך תשו' מהרימ"ט ז"ל ואיך שיהיה האי דינ' דהיכא דהפרעון היה בע"כ ע"י ההפצר' וההכרח ואף שהחוב היה מה"ד הוא שנוי במחלוקת והמוחזק יכול לומר קים לי ועי' להרב מט"ש שם סימן קנ"ח בהגה"ט אות כ"ב נמצא דמטעם זה אין לחייבו בנ"ל לראובן

לראובן לפרוע הגם דהפרעון היה בע״כ ושלא מדעתיה וכאמור ועי׳ להרב חסד לאברהם ח״מ הנ״ת סי׳ ג״ל וא״כ בנ״ד מלי ראובן לומר הרי קיי״ל קיי״ל כמ״ד דאף במלוה גוי נאמר האי דינא דפורע דפטו׳ וקיי״ל כמ״ד דאף בהכריחוהו ושלא מדעתו פטיר ויצטיר שכנגדו

אמנם מטעמא אחריתי משמע לכאורה לכו׳ דינא דמחייבינן ליה לראובן לשלומי לשמעון תשלומי מעליא כל הסך שגבה הגוי ממנו והוא מטעמא דבשותפי׳ לא נאמר האי דינא דפורע חובו כו׳ וכמ״ש הרשב״א בתשו׳ דנאמני הקהל והכי מתבדר מדברי הרב בעה״ת והרא״ש כפי מש״כ מרן ב״י סי׳ ע״ז סוף סע״ב דכיון דב׳ שלוו נעשו אחראין זה לזה אם פרע אחד מהם כל החוב הוא וגובה חלקו מחברו יע״ש וכ״כ הרב כנה״ג סי׳ קכ״א הגה״ט אות י״ו דבשותפים לא נאמר האי דינ׳ דפור׳ וילא מהר״ם מינץ דס״ל דל״ש יע״ש ברם מאות׳ תשו׳ הרשב״א ח״ג סי׳ מ״א הביאה מרן סי׳ ס״ה מחודש ג׳ על רו״ש שהיו חייבים ללאה אמה מנה בשטר מכונא על כרם ופרע שמעון כל החוב כו׳ והשיב דהוה ליה פורע חובו ופטור יע״ש והרי הכא השני אחים שותפים היו בחוב שלוו בשטר אחד ועכ״ז החלי׳ מאמרו הרשב״א דדיינינן בהו דין פורע כו׳ ולכאורה תקשה לך אותה תשו׳ דנאמני הקהל הנז״ל

אמנם נראה לנדל לכאור׳ דהלא תשו׳ הרשב״א הלזו היא בנויה לפי שיטתו דקיס״ליה להרשב״א דב׳ שלוו אינן אלא ליקערב דוקא ומש״ה דן דינ׳ שם הרשב״א דין דפורע כו׳ וכמ״ש שם הכנה״ג סי׳ ס״ה הגב״י אות ט׳ יע״ש ונראה למעיין לכאור׳ למימר דהאי טעמא לא שייך אלא במלוה ישראל דדיינינן דין ערב דהיינו של ערב הוא היכא דלית ליה נכסי ללוה אמנם היכא שלוו השותפים מהגוי והגוי בחר ערבא אזיל כדין לוה גמור מש״ה דן הרשב״א בתשו׳ הלזו דנאמני הקהל כיון דדיני הגוים ב׳ שלוו לצורך השות׳ דין ערב נמי יש לו על חלק חברו ולא חשיב פורע חובו ש״א

ואם כניס הדברים דניחן ליאמר האי חילוק׳ א״כ תורה יוצאה בנ״ד מאחר שלוו מהגוי לצורך השותפות שביניהם לא חשיב פורע חובו כו׳ כלל וכן מצאתי ראיתי למהרי״ט אלגזי ז״ל סי׳ ק״ן רמזו הר׳ מע״ש שם סימן קכ״ח הגה״ט אות כ״ו דנשאל הרב כעין נ״ד והשיב דבכה״ג חוזר וגובה מה שפרע בעד חברו מפני דאלו החובות היו מזמן שהיו שותפים שלוו בהקפה מהגוים ובודאי כפי הדין אפי׳ בדיננו אחראין זה לזה וראובן חייב לפרוע החובות לגוי׳ כו׳ ולא לנחכם ולא לפורע חובו כו׳ משום דהכא בדינא ודיינא חייב לפרוע כיון שלוו שניהם כשהם שות׳ כו׳ ע״כ הנה מפורש בדבריו דהגם דפסיט׳ ליה דמטע׳ נחכם פטור אף דהפרעון הוא בע״כ ושלא מדעתו מ״מ מטעם דהיו שותפין בעידן דהלואה ולוו לצורך השות׳ מחייב דלא שייך בזה דין פורע חובו כו׳ והג׳ דעכשיו כבר נפרדו איש מעל חברו ונטלו השות׳ מ״מ ואחר דהחובות הנז׳ הנה הגם עשויות בעת וזמן ימי השותפות לא חשיב פורע חובו וכן פסק הר׳ דרכי נועם ח״מ סי׳ י״ן דבשותפין לא נאמר האי דינא דפורע חובו כו׳ והביא ראיה מתשו׳ הרא״ש והרב בעה״ת יע״ש גם הרב תורת חסד סי׳ הביא דבריו הרב מע״ש הגב״י אות ז׳ תפס במושלם דבשותפין לא נאמר האי דינא דפורע יע״ש

המורם מן האמור דהאי דינא דפורע חובו לא נאמר בשותפין שלוו מהגוי לצור׳ השותפות וא״כ בנדונא דנ״ד כ״ע יודו דלא דיינינן דין דפורע חובו והגם דכבר נטלו השות׳ דכב׳ חלקו ונפרדו איש מעל חברו דנמצא דבשעת הפרעון אין כאן שותפות כלל כבר כתבתי למהריט״ץ לא חשש לזה כלל והסברה מחייבת כך דאין החלוקה מזכה לשכנגדו דע״ד דלחייבו לפרוע כל אחד ואחד להבעלי חובים דנטלו לחלק חלקו והא לפי האמת לא נתקיים הפרעון כלל ומלבד מה שכתבתי דיש הוכח׳ לכאורה מתשו׳ הרשב״א דבמלוה גוי לא שייך דין פורע היכא שלוו לצורך השותפות ה״נ מוכח מתשו׳ מהריט״ץ הנז״ל שכתב ובודאי כפי הדין אף בדיננו אחראין זה לזה כו׳ דמשמעו׳ הלשון מורה דלא מבעיא בדיני הגוים דאיכא עדיפותא יתירתא

אמנם מה שעומד לכאורה נגד זה שכתבתי אותה תשו׳ של הר׳ כרם שלמה ז״ל ח״מ סימן י״ב דנשאל הרב מעין נ״ד דהוו חתימי עליה שניהם יחדיו והשיב הרב ז״ל וז״ל ועוד נלע״ד דלו יהי כן דב׳ שחתמו בשטר אחד דנעשו ערבים היינו בדיני ישר׳ אבל בדיני או״ה לא קם דינא הכי כו׳ וא״כ דערב לגוי כקבלן דמי היינו בערב גמור כו׳ אבל בנ״ד דערבותו הוא מפני דהתמו בשטר אחד אע״ג דבדיני ישראל הוי ערב מאחר דבדיני או״ה אינו ערב פטור יע״ש הרי משמע לכאורה נגד מ״ש אלא דתקשה ליה להרב ז״ל תשו׳ הרשב״א דנאמני הקהל דדן הרשב״א דלא חשי׳ פורע חובו דלצורך כולן לוו ומשום דההלואה היתה מיד הגוים

אבל נראה לומר דע״כ לא אמרה הרב כ״ש אלא דוקא בב׳ שלוו מגוי ולא היה מאז ומקדם שום שותפות בין שניהם כלל ועיקר ונדון הרב כדהיה וכמ״ש בראשית מאמר דחתמו שניהם בכת׳ אחד וכל אחד לקח סחורתו לעצמו ולא היה שותפו׳ ביניהם יע״ש מש״ה דן הר׳ מאחר דאין שייכו׳ בניהם והם ב׳ גופים לא דייני א״ה לאשתלומי מכלא׳ אלא חלקו אמנם היכא דהן גוף אחד ויד שניהם שוה וכיד אחד דמיעל ידי השיתוף דיש בניהם אודייני דייני של א״ה לגבות מכל אחד וא׳ כוליה ממונא

וא״כ בנ״ד מחייב ר׳ לשלומי אליבא דכ״ע אפי׳ פלגא דידיה דל״מ פלגא דחבריה דבהם לא שייך דינא דפורע חובו דהא הגוי שפיר קא תבע לשמעון וגובה ממנו פלגא דידיה אפי׳ לפום דינא דישראל דבמנת׳ בנוגע ליה מאן קא פטר ליה שלא יגבה ממנו מלוה דידיה המוסר לידו ממונו ואף חברו כבר נתחייב לו לפוטרו מחובו אף מאי דשייך לגבי דידיה מ״מ בהכי לא אזיל שעבודו של מלוה ממנו כל זמן דלא פרע ר׳ לגוי אלא אפי׳ פלגא דר׳ דפרע שמעון בעדו מחייבינן ליה לר׳ לשלומי דלא שייך בזה דין פורע חובו וכאמור הכלל

הכלל העולה מכל מ"ש דאיכא ב' אופנים האופן הראשון הוא היכא דהן שותפין בעסק וכיולא ולוו מגוי לצורך השותפות וכגוונא דנ"ד דאחמו השניים ופרע הא' כל החוב בזה לא שייך דין פורע חובו כלל מאחר דבדיניהם דייני לגבות מכל אחד כוליה ממונא האופן השני היכא דאינן שותפים כלל אלא דלוו שניהם כאחד וחלקו המעות או הסחורה בין שניהם בענין כזה באנו למ"ש הרב כרם שלמה ז"ל מה דדייני הערכאות שלהם ועיין להרב חסד לאברהם הנדפס מחדש ח"מ סימן ד' ז"ל שכתב מחקר ודרש דעתה דייני דייני של א"ה אף בחלוקה הלוו לגבות מכל אחד כוליה ממונ' יע"ש וע' בס' זכור לאברהם להרב הנז' אות פרעון ובאו' ערב מאי דכתב בזה דאף בשותפין שלוו לצורך השותפות שייך האי דינא דפורע חובו יע"ש ואנן בדידן דכתבי' דכל שלוו לצורך השות' לא שייך האי דינא היינו במלוה גוי וכאמור אלא דצרי' לחקור היכי דייני עתה דייני א"ה בזמנינו דשמא הרשב"א בזמנו קאמר כנלע"ד כתבתי הצעיר

אליעזר

די טולידו

סימן יו

שאלה ראובן ושותפיו הם מסחרים במיני סחורות וזה דרכם דבהנה הנם הולכים בפתחי הסוחרים הלועזים ועושים הטראטו בין בערכן של הסחורות ובין עד היכן יהא זמן פרעון של הסחורות אלא דאין הסוחרים מאמינים את הלוקחי' אם לא דמביאים לו ראיה כתוב וחתום ע"ש לוי דהוא אמיד בנכסים איך הוא חייב להסוחר פלוני ס"מ כפי החשבון והשומא שעלה המקח ההוא ואחר דמקבל הסוחר החתימה הנז' בה שעתא מוסר הסוחר לידם של הלוקחים וסדר פרעון של דמי החו' פעם פורעים הלוקחים ליד הסוחר הנז' מהם ונוטלין כתב ההתימה הנז' מיד הסוחר ומוסרים אותה לידו של לוי וכמה פעמים פורעים ליד לוי והוא פורע להסוחרים ויהי מימים דהיו חייבים ראובן ושותפיו סך עצום ורב להסוחרים והיו דוחקים הסוחרים את לוי ועשו כל עלדקי ומסרו לו בידו של לוי כל הסך בשלימות כדי שיקיים מצות פריעה להסוחרים ואחר מקצת ימים לוי ירד לשברים והוצרכו הסוחרים הנז' והשבעלי חובות אחרי' להתפשר עם לוי ועשו קוראטמ"ה כמנהג הסוחרים ועתה קמו ראובן ושותפיו ויקריבו את משפטן לפני ב"ד עם לוי הנז' ושואלים ודורשים ממנו כל מה שנשאר בידו מהסך דמסרו לו בידו כדי שיקיים מצות פריעה להסוחרים הלועזים מאחר דע"ד דיפרע להסוחר מסרו לו כל הסך הנז' וכיון דלא פרע להסוח' החזר לנו כל מה שנשאר בידך מהסך הנז' דמי השליטך לאכול את כספינו יענדאין אתה הלא שליח שלנו לתת ולמסור בידם של הסוחרים כל מה שאנו מוסרים בידך ולוי טוען נגדם לאו בע"ל דילי אתם ומה הריבון עמלי הא אין אני שליח שלכם אלא דין מלוה יען דהסוחרים אינם מאמינים לתת שום סחורה בידכם אלא דוקא לי לשמי ודין לוה יש לי עם הסוחרים ואני חוזר ומלוה לכם כל אותו מקח דאתם לוקחים מן הסוחרים ע"כ הגיעו טענותי' מב' הצדדי' ונתעלמו מצד לצד ולשאול הגיעו להיכן הדין נוטה

תשובה אבא בקיצור נמר' לפי קוצר שכלי דהנה יש לעמוד בה"ג אם היה היה במלוה ישראל דבאו ראובן ושותפיו אצל הסוחר ישראל המוכ' ועשו הטראטו עם המוכר הן בער' שווי הסחורו' והן בפריעת דמי החוב לזמנים מוגבלים אלא דאין הסוחר ישראל מוסר להם המקח אם לא בנתינ' כתב החתימ' של לוי ואחר דנגמר הטראט"ו כנהוג ומסרו' ראובן ושותפיו הסך העצום בידו של לוי בעל החתימה אלא דלוי ירד לשברים ונתפשר עם הבעלי חובים מוליס ועראליס בסך מה מכח הקוראטמ"ה ושואלים ודורשים מלוי כל מה שנשאר בידו וכטענתם הנז' בשאלה מה יהיה משפטו ודינו דהנה כפי הנרא' לפו' ריהטא ראש המדברים במלתא כדנא הוא הרא"ש ז"ל בפ' גט פשוט סי' מ"א והביא דבריו הטור ז"ל סי' קכ"ט סעיף כ"ג וז"ל וכתב א"א הרא"ש דהאי דינא לערבות וקבלנות היינו כשתבע הלוה מהמלוה שילונו לו ונכנס קבלן א"כ אם לא דבר הלוה עם המלוה כלום אלא ראובן אמר לשמעון תן ללוי ואני נותן לך אין לשמעון על ראובן כלום אפי' נתנם לידו אלא על ראו' דבשליחות של ראובן נתנם לו בידו ע"כ ופסק כן מרן בש"ע סע"ך יע"ש

באופן דאסברא לן הרא"ש ז"ל דהכל תלוי מי בראש המדברים עם המלוה דאם הקבלן איהו ניהו ראש המדבר עם המלו' קוד' דנתראו פנים הלוה עם המלוה הגם דלא נשא ונתן בידו הקבלן דמי ההלוא' אלא המלוה מסרסמילו לידו של לוה דינ' הוא דשליחותיה קא עביד ותכף דבאו המעות ליד הלוה זכה הקבלן בדמי ההלואה ותשבינן כאילו חזר הקבלן והלוה אותם ללוה האמנם אם הלוה איהו ניהו ראש המדבר קודם דנתראו פנים המלוה והקבלן אזי אין לקבלן דין לוה אלא דין קבלן ישלו ואין שעבודו של הקבלן חל על נכסי הלוה אלא אחר פרעון הקבלן דמי הלוא' וכמ"ש ז"ל דלא משתעבדי נכסי הלוה לער' או לקבלן משעה דילא ערב או קבלן אלא אחר הפרעון דמי הלואה דוקא ולא קודם תינה לנ"ד דזה דרכם של ראובן ושותפיו לגמור הטראטו הן בערך הסחורו' והן בפרעון דמי החוב לזמנים מוגבלים באופן דאם היה היה הסוחר ישראל הוה דיינינן דלא זכה לוי באותן המעות הסחורות דלעצמם דוקא לקחו ואינכאן שום טענה לומר דזכינהו לוי מקודם באופן הסחורו' דבשליחותיה של לוי מסרם המוכר להם כדי שיזכה לוי בהם דהא ראובן ושותפיו הנה הנם השהמדברים וגומרין הטראטו בכל מכל כל עם המוכר מעיקרא בלתי ידיעת לוי כלל וכיון שכן אין ללוי בעל החתימ' דין קונה ומקנה אלא הקונים הם ראובן ושותפיו וחל שעבודו של המוכר עליהם ואין על לוי אלא דין קבלן בעלמא דאחר הפרעון דפרע למוכר אזי חל

שעבודו

דעבידו עליהם של ראובן ושותפיו וא"כ מינה לאורי' הכי דיינינן בנ"ד גבי מוכר גוי דאין כוונתם של הסוחרים להקנות מקחם אלא לראובן ושותפיו ולא ללוי . וכ"ת הא לא מכרעא בנ"ד מאחר דהסוחרים הם גוים לא מצו להוציא הונם מאת הלוקחים אלא מאת לוי דוקא דכך נהיגי הסוחרי' והכי דייני בדיניהם דאין רשות לגבות הונם אלא מאת בעל החתימה דוקא וא"כ ה"ל כאילו לוי לקח הסחורו' מאת הסוחר וחזר והקנה להם לראובן ושותפיו והוי נ"ד נאותה סוגיא דפ' הרבית דע"א דקא מקשה תלמודא בפשיטות דכיון דהגוי בתר ערבא אזיל איהו ניהו דקא שקיל רביתא ופרש"י דמאחר דאין הגוי תובע את הלוה אלא לערב ה"ל דערב זה הוא הלוה מן הגוי וחוזר ומלוה לישראל ע"ש וכמו כן בגוונא דנ"ד דלא מצו לגבות הונם הסוחרים מאת ראובן ושותפיו אלא מאת לוי דהוא בעל החתימה הוי לאורה לוי קונה ומקנה וא"כ שפיר לדק טענת לוי דלאו בע"ד דידי אתם מאחר דאני הוא המקנה הסחורות לכן מה הריבון עמדי

האמנם אי דמנגד לתלתא כדנא לכו' דינא לאורה הוא מאחר דלענין הפסד והאחריות של הסחורות אכתפייהו של הלוקחי' רמי דהיינו אם אירע איזה הפסד בסחורות כגון מבול' או שריפה וכיוצא בין מסירת החתימה של לוי למסיר' הסוחרים המקח לידם של ראובן ושותפיו דאח' דנתן להם הסוחר המוכר דיבואו ויטלו כל המקח בשלמות הכל הוא להם לראובן ושותפיו דכך היא דעתם שלהם של ראובן ושותפיו שלא לגרום שום נזק והפסד ללוי החותם בכתב ידו לתת להסוחר אלא אכתפייהו רמי ורביע עלייהו נמצא דאם אתה אומר דלוי הוא קונה ומקנה להם ללוקחים דומיא למאי דאמרינן פ' הרבית וכנז"ל א"כ הל' לוי קרוב לשכר ורחוק להפסד אלא מאחר דכך נהיגי דכל ההפסד והאחריות רביע עלייהו א"כ ידיים מוכיחות דלעצמ' הם זוכים בשעת קנייתם ובשמשכתם מרשו' הסוחרים ואין כוונתם בעידן הקנייה לקנות לשם לוי כלל אלא להם לבדם ניחא הקנייה של הסוחרים ולא בעבור לוי בעל החתימה וא"כ אם באנו לידי מיד' זאת א"כ כל דמי החוב דמוסרים ראובן ושותפיו לידו של לוי כדי שיפרעם להסוחרים אינו אלא בתורת שליחות דוקא ואין כוונתם כדי שיזכה לעצמו ובאנו לסברת מהר"ש ודעימיה ז"ל דהביא הטור וש"ע קפ"ג סעי' י"א על ראובן דאמר לשמעון שיקנה לו בגד בהקפה מגוי אחד כו' ואח"כ מסר דמי המקח לשמעון כדי שיוליכם לגוי ושהגוי כפחס דינא הוא דלרי' ש' להחזירם לראובן ואינו יכול לעכבם בטענה דמאת יחכור הגוי דכיון דהמעו' מת' לראובן מעיקר' ונעש' ידיד בעבורו גם עתה לא יעכבם על הש' כו' עכ"ל

הרי דכשיטי ליה למהר"ש ז"ל דהגם דשמעון הוא נשא ונתן המקח מיד הגוי המוכר ואלא ערב בדמי החוב לא חשבינן לשמעון זה קונה ומקנה דהכא הוא בדבר דאיהו ניהו המוכך מרשות הגוי אלא דין שליחות לו והיובא רמיא עליו דשמעון ויחזיר הדיבות על ראובן דאין כאן זכיה לעצמו כלל [illegible] סחורה כו' ונדון מהר"ש עדיפא [illegible] דשמעון הערב נשא ונתן

וכזה הקונה מיד הגוי עכ"ז דין שליח יש לו לשמעון ולא דין דקונה ומקנה כ"ש בגוונא דנ"ד דהנושאים והנותנים בעיקר המק' והטרחנו וגם הזוכי' בקני' הסחורות על ידם דראובן ושותפיו הנה הנם הם דלד' מהר"ש ודעימיה ז"ל דין שלי' יש לו ללוי ולא דין קונה ומקנה דחיובא רמיא עליה דלוי לחזור להם כל מה שנשאר מזכותם בידו של לוי אחר הורדת שיעור הקורא מ"ה

ואם תרצה לדחות ולומר דמתשו' מהר"ש הלזו אין ראיה לנ"ד דנדון מהר"ש שאני דבזמנו של מהר"ש נהיגי הגוים דלא אזלי בתר ערבא וכמ"ש הרא"ש שם בפ' הרבי' ז"ל והאידנא דחזינן דהגוים הכי נמי דייני דכי משכח ליה ללוה לא נפרע מן הערב הילכך כמי שקב' לדון בדייני ישרא' דמי יע"ש וא"כ איכא למדחי דמודה מהר"ש ז"ל דהיכא דהערב הוא שלו' דוק' דלא מצי הגוי לגבות הונו מן הלוקחים אלא דוקא מלוי דוקא דהוא בעל החתימה דהכי נהיגי הגוים דהכי דייני בדיניהם דאין יכולת בידם לגבות ש"פ אלא מבעל החתימ' א"כ אודא לן השמיכה והראיה דכתבנו מתורתו של מהר"ש ז"ל

אמנם הרואה יראה דאי מהא לא איריא דאם היה היה דלוי דהוא בעל החתימה הוא היה הנושא ונותן בהם בסחורות דהו' היה המושך הסחורות מרשות הסוחרים והוא היה המוסר להם המקח לידם של ראובן ושותפיו דלא היו רוצים הסוחרים למסור הסחורות להם מאומ' בידם אלא בידו של לוי דוקא אז היה אפשר לצדד ולומר דכי אמשכינהו לוי הסחורות מרשותם של הסוחרים קנאם לו לעצמו דלא נתכוון לזכו' להם לר' ושותפיו אלא לעצמו נתכוון ואח"ך חזר ומוכרם להם אלא די"ש לדון ולחוש לשום דינא דהוי קרוב לשכר כו' וכאמור אי היה אפשר לדון דדין קונה ומקנה יש לו ולא דין שליח אבר מהאי טעמא שפיר כביר מלא ידו לזכות בממון הסך הנשאר דמסרו בידו דשלו הוא ברם מאחר דגוונא דנ"ד אינו כן כאשר כתבנו אם כן דין שליח יש לו ללוי ולא דין קונה ומקנה כלל ולא משום דהסוחרים אינן יכולין לגבות חובם אלא מלוי דוקא דיהא נחשב הוא קונה ומקנה דלאו הא בהא תליא דהיכי אפשר לומר לשום דינא דלוי קנינהו הסחורות ונעשו שלו מאחר דר' ושותפיו להם לבדם דוקא ניחא הקנייה דלעצמם מתכוונים

וראיתי למהר"ש בח' ק"ג סימן תתי"א רמ"ה הרב מה"א ז"ל ה' שלוחין סי' י"ב שכתב וז"ל דאע"ג דכי אמרי' דהקבלן דנשא ונתן ביד דאין למלוה אצל הלוה כלום אלא הקבלן פורע כו' . לא אפשר למימר דיהא הקבלן כמלוה ויגבה חובו מן הלוה בין פורע ובין אינו פורע אלא לגבי הגוי הוי הקבלן כלוה ולגבי הלוה הוי הקבלן כשליח ואם כשנשא ר' המקח מיד הגוי היה המקח נאנס קודם שיתן לש' לא היה מפסיד אלא ש' כו' וכשם דלענין ההפסד רחוק ר' מן ההפסד כך לענין השכר אם מת הגוי רחוק מן השכר יהיה אבל לשויה לענין השכר כמלוה לענין ההפסד כשליח לא אפ' אלא לכל מילי משוינן ליה כשליח בין לשכר בין להפסד כו' ודינו כקבלן לגבי הגוי וכשליח לגבי ש' הלוה ע"כ

הנה מבואר לכוף דינא דלאו הא בהא תליא וכמ"ש דהגם דלוי בנ"ד לגבי הסוחרים דין לוה יש לו והוא מחוייב לפרוע להכל מה שהקיפו לראובן ושותפיו מכח כתב החתימה מ"מ לגבי השכר והריוח דינו כשליח והכל כאשר לכל חוזר לבעלי הממון דדין הריוח כדין ההפסד ומאחר דההפסד והאחריות אכתפייהו דראובן ושותפיו רמי ואין ללוי שום חיוב כמו כן לענין הריוח דאין הלה עושה סחורה כו'

ואיברא דמה שיש לצדד ולומר הוא דאין ראיה מתשו' מהר"ש הלזו לגוונא דנ"ד דאיכא למדחי דע"כ לא השמיענו מהר"ש ז"ל דהריוח חוזר לבעליו דהיינו למשלח בעל הממון היינו דוקא בריוח הבא מאליו וכגון דשכח הו את הגוי דלא בא הריוח מכמת מעשיו של הקבלן מש"ה דן מהר"ש דלא זכה הקבלן בהמנם היכא דהבאת הריוח הקבלן הוא הגורם וכגוונא דנ"ד דע"י הקורא'המה דעשה לוי עם כל בעלי חובותיו דהוצרכו להתפשר עמו נמצא דאם לא היה פשר דבר של הקורא'מה הנו' דנשתדל לוי לעשו' עם הסוחרים לא היה כאן שום ריוח כלל באופן דלוי הוא הגורם שבאת הריוח הלזו א"כ מצי לוי לטעון כנגדם מה תיזבון עמדי לאו בע"ד אתם וכמו שכ' בשאלה ואיכא לדמוייה כל כה"ג לכאו' לסברת ר"י ז"ל דכתבו התוס' והרא"ש והמרדכי פרק אלמנה ניזונת ופסק כן הטור ח"מ סי' קפ"ג סעי' יו"ד על מי שהלה שליח לקבל מעותיו מן הגוי וטעה הגוי בהם ונתן לו יותר דהכל לשליח מטעמ' דאם גנב וגזל והטעה את הגוי מה טיבו של בעל הבית בזה כו' דסברא הוא דאם היה רוצה השליח היה מחזיר לגוי כו' ועוד אם היה חוזר הגוי עליו היה חוזר לפיכך הכל לשליח ע"כ

הרי דהכי הני תרי טעמי ראשון ושני דשייכי ג"כ בנ"ד דטוען לוי אם אני עשיתי כל צדקי להוריד מחובם של הסוחרים ע"י הקורא'מה מה לכם כי יזעקו והלא שמו בידי לשלם כל חובם בשלימות עשפ"א ולא היה כאן שריד ופליט מממונם כלל ועוד את אין הסוחרים רוצים להתפשר על מי גוזרים הסוחרים לא עלי א"כ לאו בע"ד דידי אתם דכיון דאני הוא הגורם להבאת הריוח והשכר הלזו דידי הוא ואין לכם שום זכות אצלי

האמנם הרואה יראה דרב המרחק דלא דמיא לפסקו של ר"י ודעימיה דסברת ר"י ז"ל אינו אלא דכל מה שבא לידו של השליח הכל הוא מעותיו של הגוי דעדיין לא חלה זכות המשלח בהני נכסי כלל ובשעה דבאו המעות לידו של השליח היה היה זכותו של הגוי ולא נתכוון השליח לעקור זכות הגוי אלא לעצמו וכמ"ש המרדכי שם סו' סי' רנ"ה וז"ל ובשם ריצ"א ז"ל מצאתי נתכוון השליח לזכות את הכל לשליח אבל אם לא הכיר בטעות ונתנו לבע"ה הרי הם של בע"ה ע"כ וה"ד מרן ב"י שם וכפסקו מור"ם שם סע"יו דאחר פסקו של מרן בש"ע סב' ר"י כת' ודוקא כו' ע"ש באופן דדינו של ר"י אינו אלא מטעמא דבאלו המעות לא חלו גם ידיים ושום זכות של המשלח אלא זכייהו של השליח קדמה לא כן היכא דהמעות מעיקרא הנה הנם של המשלח דאיהו ניהו דמסרם לשליח כדי שיתנם לגוי וכגוונא דנ"ד

דזה דרכה של ראובן ושותפיו דמוסרים המעות ביד לוי ופורע לסוחרי' ונוטל לוי הכת"י מיד הסוחרים ומוסרה קרוע ביד ר' ושותפיו נמצא דלוי כפי תשו' מהר"ש אינו אלא שליח בעלמא דנוטל מזה ונותן לזה וכל היכא דאיתיה קודם ביאת הממון לידם של הסוחרים ברשותייהו של בעלים הראשונים איתיה ,

ותדע דכן הוא לדינא מהר"ש דהא מהר"ש עצמו באותה תשו' של הקפת בגדים דהביאה המרדכי שם סי' רנ"ה כת' וז"ל ואפי' לפסק דפסקנו לעיל דהכל לשליח ה"מ כשהגוי טועה ונותן לישראל יותר מדאי אבל בנדון זה מאיזה טעם יקנה השליח כו' הרי כל זמן דהמעות הם בידו ברשות הבעלים הלווים איתיה ואם שכחם הגוי כילד כלה עושה סחורה כו' אלא יחזור המעות לבעלים דהם הלווים עכ"ד ועי' להר' בעל הפרישה שם סי' קפ"ג סו' סעי' יו"ד דכת' על דברי ר"י ז"ל הללו דאם היה רוצה היה מחזירו לו המותר דוקא כאן דהמעו' הם של גוי ומעולם לא זכה עדיין ישראל המשלח משא"כ בתשו' מהר"ש דהמעות היו של ישראל המשלח יע"ש וכ"כ הכנה"ג שם דלא פסק ר"י דהכל לשליח אלא דוקא התם דהטעה את הגוי במעותיו של כו' אבל היכא דהטעה את הגוי במעותיו של המשלח ישר' לא זכה בהם השליח אלא מחזירם לישראל בעל המעות ע"כ ועי' להר' כנה"ג שם הגב"י אות נ"א מאי דאסף וקבץ בהבדל והפרש בהיכא דהמעות היו מעיקרא של ישר' להיכא דהמעות לא היו אלא של הגוי יע"ש ועי' להר' מע"ש שם הגה"ט אות מ"ח ובהגב"י אות ס' יע"ש

העולה ממה שכתבנו דהיכא דהקבלן באו לידו מעותיו של ר' הלוה כדי לפורעו להמלוה גוי. ועשה הקבלן כל צדקי דאפשר להשתדל עם הגוי כדי להרויח איזה ריוח בפרעון החוב של הגוי דינא הוי דכל מה שנשאר בידו של הקבלן הכל הוא ברשות הלוה דכל היכ' דאיתיה ברשו הבעלים מ"ק קיימי מאחר דעדיין לא באו המעות לרשות הגוי המלוה ואין טענת הקבלן דקא טעין כיון דהגוי לא מני תבע ממך לגבות חובו אלא ממני א"כ אני הוא הלוה של הגוי וחזרתי והלויתי לזוכה הריוח הוא שלי ולאו בע"ד דידי אתם אלא האי טענה מגן שויה לפום דינא אלא דינא הוא דהגם דהוא הלוה לגבי הגוי מ"מ לגבי ישראל המשלח מעותיו בידו דין שליח יש לו ולא חלה על אלו המעות שום אחיזה ושום זכות להקבלן כאשר אסברא לן מהר"ש דאפי' נשא ונתן הקבלן מידו של הגוי ואין שעבודו של הגוי רמיא אלא אכתפיה של הקבלן עכ"ז דין שליח יש לו ולאו הא בהא תליא מאחר דלפום דינא כל ההפסד והאחריות אכתפיה דלוה רמי גם השכר והריוח של הלוה דהא בהא תליא

וראיתי להרב מח"א הל' שלוחין סי' י"ב דנשא ונתן הר' בחקירה הלזו ויצא לחלק הרב ז"ל יע"ש והנרא' מתוך דבריו דעיקר חילו' הוא דהכל תליי בהקפדתו של הגוי וגילוי דעתו דהיכא דגילה דעתו דאינו מכיר ללוה אלא לקבלן דוקא אזי אין כ"ון חיוב על הלוה לגבי הגוי אלא על הקבלן

הקבלן אצל בעבודו אחר מעשה זה הוא דנעשה הקבלן לוה לגבי הגוי ומלוה לגבי הישר' שנוטל המעות ואז אם מת הגוי או שברח הגוי הכל הוא לקבלן דהא ליכא שליחות מן הישראל הלוה להמלוה גוי מאחר דכבר ביטל הגוי השליחות ואז השליח מכוין לקנות ולזכות לעצמו שאמנם היכא דאין כאן גילוי דעת והקפד' אלא השליח הוי אצל הגוי ויקח בהקפ' בעבור הישראל הנה דהגוי עיקר שמיכתו והלואתו אינו אלא על הקבלן מ"מ כיון דליכא ביטול שליחו' מן הגוי המלוה אל היהב הלוה לשלם לגוי דהא השליח לא נתכוון לזכות לעצמו ובאופן זה מיירי מהר"ם ז"ל דאסברא לן דהכל הוא ללוה ישר' המשלח מאחר דאין כאן ביטול השליחות ושלקח הרב בהקפ' אין כוונתו של הקבלן דיש לו דין שליח לזכות ולקנו' החפץ אלא למשלח דוק ז

באופן מאחר דבדיננו חיובא רמיא על הלוה ישראל לשלם להגוי במציאה הנה דבדיניהם אין כח בידו של גוי לתבוע חובו מן ישר' הלו' מ"מ אין הדב' תלוי אלא כפי דיננו דשליחותי' של המשלח קא עביד הקבלן אחר מהאי טעמא שפיר דן מהר"ם ז"ל דאם מת הגוי או שברח חוזרי' המעו' להמשלח דמהיכא תיתי דיזכה השליח ואם שמת ישנה הכי ולשוני תדבר משפט לאשורו דכונת הרב מה"א כאשר פירשנו מינה תורה יוצאה דבנ"ד דאין כאן ביטול השליחות אלא אדרבא מעשיו של הגוי מוכיחין שלא להקנות מקחו ללוי אלא לראובן ושותפיו דהם המושכים הסחורות מרשותו ואין לו לגוי עסק בהקנאת מקחו אלא להפדוקא ולא לוי ועיקר עסקו של הגוי עם לוי אינו אלא בעבור החתימה וכאמו' באופן דכפ"ו שכתבנו כונת הרב מה"א הנה אחר הקודם דכ' הרב דסברת מהר"ם ז"ל במחלו' הוא בגוי אלא סברת מהר"ם ז"ל היא מוסכמ' ואין דברי הראשונים והטור ז"ל דכתב בי"ד דבער' שלוה רוץ דאסור משום דממונו של הגוי נתרבה על נכסי הערב וממונו של הערב נתרבה על נכסי הלוה דהתם בי רבית שאני דהכל תלוי כפי דיניהם דמאח' דלא זולי אלא בתר ערבא ואכתפיה של הערב מתרב' ואינו תלוי בהקנאת המקח וע' להרב מט"ש שם הגה"ט אות מ"ד דלא הבין כן דברי הרב מה"א ז"ל ודוק ׳

מעתה אתאן לנ"ד כל לגבי דידי אין ללוי בעל החתימה אלא דין שליח אחרי עיוני האמת כמו דהבריש לנו מהר"ם בתשו' סימן תתי"א הנ"ל דכל היכא דהפסד ואחריות כתפיה דלוה רמי גם השכר והריוח לגבי דלו' נגרר א"כ גם בנ"ד מאחר דהפסד וכל מיני האחריות לא ע ולא פגע לא מינה ולא מקצתה אכתפיה לוי כלל אלא אכתפייהו דראובן ושותפיו רמי לייהו כידוע א"כ גם האי והא דנשארו בידו של לוי ממעות דמי ההו' דנמסרו דו מהוייב לוי לפום דינא להחזירם לבעלי' הראשוני' אחר דדין שליח יש לו הטעם השני מאחר דאינ' לוי ם ונותן במקח לידע לא נערכם ולא בשום דבר ריך לחקור ולדרוש ללוק' אלא הכל כאשר לכל נכנס שלראובן ושותפיו רמי עלייהו הן בעי"ך

שיווים. והן בפרעון לומ ניס מוגבלין והן בקני' המקח וללוי אין לו שום ידיעה מיה כלל א"כ ידיים מוכיחו' דדין שליח יש לו ללוי ולא דיוקונה ומקנ' וכבר כתבו דסברת מהר"ם היא סברת מוסכמת עיין להרב מט"ש שם מאי דאס' וקנ' בזה הנלע"ד כתבתי פי המדבר

הצעיר **אליעזר די טולידו**

סימן יז

שאלה ב' שותפים באחד מפתחי השותיים וכל מה שהם מרויחים חולקי' ביניה' לפי החלקי' ולימים מכר אחד חלקו לחברו ו"ל השטר לפ"ע ח"ת ב"א הר' פ' ונתרצה ונתפייס בעד יו"ל למחה מכל הריוח מפתח השוכר שיותן השי"ת ליד שותפו פ' שיהא להר' פ' ויחל לו החמשה לק' הנשארי' מיגכסיו מחילה גמורה כתהז"ל כו' ונתחייב בה"נ ע"ב לסלק מעליו כל מין מעורר ותובע אחר יקוטלעריצ' כו' ולקיום כל הנז"ל קנינו כו' קנמ"ך במדל"ב עכ"ל השטר ונשאלתי על נוסח שטרא דנא

תשובה נחתי' השקפה אמרתי דיש לפקפ' בהאי לישנא דהמכירה הוי דשלב"ל דמכר לו מה שיתיל להרויח ואף דכתוב בלשון מחילה לא אהנייא דכבר כתבו הראשונים הר"ן בתשו' סימן ג"ן והריב"ש סימן ת"ד והסכמת האחרוני' ז"ל הביא דבריהם הרב כנה"ג סימן ר"ט הגה"ט אות ל"ח והרב פ"מ ח"ב סימן ק"י דכמו שאין אדם מקנה דשלב"ל כך אין אדם מוחל דשלב"ל יע"ש וא"כ היה צריך להקנות לו המקום לפירות ועי"י זה מועיל כמקנה דקל לפירותיו ואין לומר מאחר דכתו' בשטר מחילה גמורה כתהז"ל נמלא למאהדי שהדי דנעשה המכירה כדינו וכיון דכן אמרינן הקנה לו המקום לפירות וכבר כתב רבינו ברוך הביא דבריו המרדכי פ' מי שמת סימן וז"ל שאל רבינו שמחה את רבינו ברוך על שטר דלא היה כתוב קנין הפירות כראוי שלא הקנה לו הקרקע לפירותיו אלא נתן לו כח יפה ליקח הפירות של הקרקע בק"ג כו' כהומר כל שטרות של ק"כ העשוי כתח"ל אי אמרינן האי שטר' חספא בעלמא הוא כו' ורבינו ברוך השיב מאחר דהעדים מעידים שנעשה כתהו"ל זו היא תיקון חכמי' להקנות הקרקע לפירות כו' יע"ש וא"כ אף אנן נמי נימא בנ"ד כפסקו של רבינו ברוך דאהניא האי לישנ' דמעידים העדים דנעשה כתהו"ל להשלים גו' הקנין לפום דינא ומעתה נימא דהקנין היה דהקנה לו שותפו מקים הזקתו לשך מה והאי דינא דרבינו ברוך פסקו מור"ם סימן רי"ב והנמשכים אחריו וכמ"ש הרב הכנה"ג שם הגב"י אות ה' ובשי' ר"נ הגה"ט אות מ"ח מ"מ הרי כתב שם דמהרשד"ם סימן רע"ז כתב דרבינו שמחה לאו קטיל קני באנמא הוא ולדידיה פשיטא דלא קנה המקבל ועוד מספק' כו' ומאן לימא לן שראוי לפסוק הלכה כרבינו ברו' למעש' ובפרט היות הדבר דלא הביאוהו הפוסקים דאפשר דלא ס"ל הכי וע"ש שכתב משם מהרע"י ז"ל דכיון דאיכא פלוגתא אי מהני האי לישנא דכתח"ל להצלי'

גופא

גוף ההקנאה הצריכה המע"ה והכי הסכים הר' כנה"ג בחשו' ח"מ סימן קס"ד דקל"ו ע"ב דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא יכול המוחזק לומר קים לי וכ"כ הרב כמ"א ח"ב סימן ל"א דס"ה ע"ג יעו"ש ובה"א דכ"ח ע"ב והרב לה"ש דס"ט יעויין בדבריהם ׃

וכ"ת הרי מתבאר מקושיית התוס' פ"ק דקידושין די"ט ע"א ד"ה אומר כו' וז"ל וא"ת היאך היא מתקדשת כו' והלא קטן ל"ל זכיה מד"ת ובשלמא גבי יעוד דין הוא שתוכה בשאר שאינו אלא מחילת שעבוד בשלמא כו' יעו"ש משמע מדיבור לבונה דהגם דקטן לית ליה יד לזכו' בעצמו מה שמקנין לו מ"מ לשון מחילה אינו הקנא' אלא לשון סילוק דמסתלק עצמו ממה שיש לו וא"כ ה"נ בנ"ד דהוי מחילה נימא דהכוונה היא להסתלק עצמו מחזקתו וממילא זכה בה בותפו

הא לא מכרעא דלא דמיא כלל דהגם דמתבא' מדברי התוס' דלשון מחילה אינו לשון הקנאה אלא לשון סילוק מ"ת היינו דוקא במחילת שעבוד גופה דמוחל לה השעבוד דיש לאדון עליה לא כן היכא דבא להקנות דבר הצריך הוצאת מרשות לרשות כנ"ד כה"ג לא מהני ותדע דהרי כתב הרב מש"ל בהל' אישות פכ"ג דל"ב ע"ב בפסק דמי החוק' דהלקו חכמי דורו עם הרב ז"ל על מי שמחל להברו שבא לקנות חזקתו דמוחל לו וכות דמי חזקתו דחכמי דורו ס"ל דלא מהני דהוי מוחל דשלב"ל והרב מש"ל ז"ל ס"ל דאהניא מחילתו וכתב שם הרב מש"ל ז"ל וז"ל עוד רצו החולקים לומר דע"כ לא אמרינן דסילו' מהני בדשלב"ל אינו אלא בלשון סילוק דוק' כגון שאומ' דין ודברים אין לי אבל בלשון מחילה לא מהני דהאומ' לאשתו דמוחל לה פירות נ"מ לא מהני משו' דלשון מחילה הוי דומיא דמקנה וכי היכי דמקנה לא מהני בדשלב"ל ה"נ מחילה ולי נרא' דליתא כו' דהתם לא מהני ליפטר דמחילה משום דהתם הוי דבר מסויים דהיינו פירות ובדבר המסויים לא מהני ליפטר דמחילה וכמ"ש הראשונים ז"ל כו' עכ"ל הרי דבין לדברי רבני דורו ובין לסברת הרב מש"ל לא מהני ליפטר דמחילה בהקנאת מחילת זכיית הפירות של הבעל לאשתו משו' דהויה דבר המסויים והכא ק"ו ומה התם דהוכיח דבאתה לזכות האשה היא בפירו' שעל גבי קרקע שלה לא מהני הא ליפטר דמהני ק"ו היכא דבא להקנות גוף הדבר עצמו כנ"ד ׃

ועוד יש ריעותא אחריתי בנ"ד דהאי מחילה דבר שאינו קצוב הוא וכבר כתב הטור סימן רל"ב סע"ו דלדעת הרמב"ם כמו שאין אדם מתחייב בדבר שאין לו קצבה כמו כן אין אדם מוחל דבר שאינו קצוב ורמזו הרב כנה"ג סימן ס' הגב"י או' כ"ע והגם דהר' פ"מ בח"א סי' ז"ן נסתפק בזה כבר עמד עליו הרב מש"ל פי"א ממכירה ה' י"ו ועי' שם להר' הכק שלמה שם סי' ס' הגה"י אות ו"ך דהביא תשו' הר' פ"מ ח"ב סי' ק"י הנז"ל דמשמע דפשי' ליה דלא מהני לדעת הרמב"ם ויעויין להרב מע"ש הגה"י אות ל'

ואחר מן הבריא פקפק על זה ובוא מאמר דכתו' בשטר דנתחייב המוחל אם יבא ליזה דבר בפתח השוהר להודיעו להר"ר פ' כו' ולא יורשה רהוכן המוחל ליקח יותר מיו"ד לק' כו' ורלה לומר דהכוונה דנתחייב גופו שלא יורשה ר' המוחל כו' וכיון דהוי חיוב בדבר שלב"ל הרי כתב מהרשד"ם הביא דבריו הרב פ"מ ח"ב סי' הנז"ל על ענין פיטור המסים דחלה טעמו בשני אופנים אי מטע' סילוק שעבוד ואי מטעם חיוב ג"כ דהחיוב מועיל אף בדשב"ל והקהל נתחייבו שלא ליקח ממנו יעו"ש ומאחר דחיוב מהני בלשב"ל ה"ה היכא דמתחייב שלא ליקח אח"ד נר"ו

וקודי אף אם יונניח דכוונת השטר הכי הוי דנתחייב שלא ליקח יות' מיו"ד ל"ק מ"מ הקנאת המקום דבעינן כדי שע"י זה יוכה המעון הקונה זכיה מעליא ליכא דהרי עדיין מקום חזקתו של ר' הוא ואם מת יורשיו יורשין אותו מקו' אביהם וכוונת מהרשד"ם מאחר דהקהל באין להוציא מן היחיד והוא בא לפטור עצמו מכח החיוב שנתחייבו הקהל שלא ליקח שפיר דמי דאין כאן הקנאת שום דבר ומה"ה ס"ל למהרשד"ם דמהני החיוב ועיין להר' ח"ה הובאו דבריו בתשו' הרב פמ"א ח"א דכ"ה ע"ב

ואל תשיבני מפרש"י בסוגיין דר"פ הכותב גבי קנו מידו מאי ואמר רב נחמן מגופה של קרקע קנו מידו ופי' רש"י דאברייתא קאי יעו"ש הרי דליכנא דלו"ד לא הוי לשון הקנאה דאין כאן לשון מתנה עכ"ז מאחר דקנו מידו לא אמרי' דהקנין סובב הולך על מה שכיוצא בשפתיו מדין ודברים אלא תלינן דהו"ל כאלו אמר קרקע זה קנוי לך וע"ז נטל קנין וכן הסכימו שם הרא"ש לפרש"י וכן דעת הריטב"א שם והרשב"א בתשו' ה"א סימן אלף קמ"ב הביאה מרן ז"ל סי' קנ"ה מתו"ך על שטר שכתוב בו אתן לך כ"וך כו' אע"ג דהאי ליכנא לא אהני לאקנאה כל דאיכא קנין חייב דקנין מילתא אלימתא היא ומתקן הענין כאילו מחייב עצמו בהותו דבר יעו"ש גם שם מהו' כ"ת הביא ת' הרשב"א דה"ב סי' ש"ז על שטר דכתוב בו דהקנה לו ד"א קרקע ואגבן קרקע פי' אע"ג דאין קרקע נקנה אגב קרקע אין המתנה בטל מאחר דכתוב בשו שטר וקנינו כו' אלים כח הקנין דמגופה של קרקע קנו מידו יעו"ש

הרי דיש ללמוד מכח ת' הרשב"א דלא מבעיא דקנין מילתא אלימתא היא ומתקן הלשון גרוע אלא אפי' דההקנאה היא גרועה ואין בה מועיל ולא הוה הקניה מ"מ הקנין מיפה ומתקן אופן ההקנאה ולא תימא שאני הכא דהקנה לו גוף הדבר עצמו אלא דלא אל מכח הדין התם אמרינן דהקנין מיפה ומתקן אופן הקניה ברם היכא דמחסר הקנאת גוף הדבר עצמו כגון פירות דקל דכתוב במשרא דנתן פירות דקל ולא הזכיר בשטר דהקנה לו מקום ליתוח הפירות דלא אהני ובא הקנין באחרונה נימא כיון דמחסרא גוף הדבר עצמו של הלות הקניה אימא דאין הקנין מועי' תתכה לזה כבר כתב שם מרן מהו' כ"ך מת' הרשב"א דמיוהבות על מי שכתב בשטר הריני נותן לפ' דירה בעליה שלי הגם דאמרינן דידור פ' בבית זה לא אמר כלום עד שיאמר תנו הבית זה לדירה מ"מ אי איכא קנין באחרונה אמרינן דהקנין מילתא אלימתא היא ומגופה של קרקע קנו מידו ש' יעו"ש

הרי דמרן ז"ל ברוחב ועומק דעתו ז"ל אסברא לן במדרגות הקל הקל תחילה ראשית כל רימז לן תשו' הרשב"א אותה דבה"א דהקנין מתקן הלשון ושוב רימז לן אותה תשו' דה"נ שאוסיף לן הרשב"א באופן דהקנאה היתה גרועה ושוב רימז לן אותה תשו' דמיוהסות ההקנין אליה דמוסיף באופן ההקנאה אף דמחסרה גוף הדבר להיותו הלה הקניה עכ"ז הקנין מתקנו וכפי' רש"י הנז"ל פירש מהרי"ן מינאש ז"ל הובאו דבריו בא"ו לבתרא פ' חזקת דמ"ג ע"א וכ"מ דעת הרמ"ה שם פ' חזקת סימן קל"א שכתב דהא דתניא דין ודברים אין לי כו' לא אמר כלום דוקא בלא קנו מידו אבל קנו מידו מסתלק כו' יע"ש וכןמשמעו' הרמב"ן שם בחי' שכתב וז"ל ודרך החלמו' לו' שכתב דו"ד בכל ענין השותפים כדי ללמיך דבקנין מהני וכ"כ רשב"ם כו' יע"ש וכדברי הרשב"א הובאו דבריו שם בא"ו הם יותר מפורשים ומובנים יע"ש •

הנה ערכתי לפניך כמה וכמה מגדולי ראשו' ז"ל והם רש"י ורשב"ם ומהרי"ן מינאש והרמב"ן והרשב"א והרמ"ה והריטב"א והרא"ש ז"ל כולהו ס"ל דמקנה לחבירו בלישנא קטיעא וגריעא שאין במשמעותא לישנא דהקנאה עכ"ז היכא דאיכא קנין מיפה ומתקן אופן ההקנאה ומשמ' שבכל גוונא מתקן הקנין וכמ"ש משם הרשב"א וא"כ מינה בנ"ד בגם שאין כאן הקנאת המקום מ"מ מאחר דאיכא קנין בגם המחסרה אופן ההקנאה וקנין דהוי מילתא אלימתא הוא ניהו משלים ומתקן אופן ההקנאה

אמנם שכנגדם חלוק עליהם והוא ר"י בעל התוס' שם בסוגי' לכתובו' וגם הגהות אשירי פ' חזקת דמ"ג כתבו וז"ל לפי' רש"י ורשב"ם מהני בשקנו מידו אפי' אי כתב ליה בזה הלשון דין ודברים כו' אבל לפר"ח ור' אלפס וריצב"ם לא מהני בזה הלשון עד שיקנו בפי' מגופה של קרקע מא"ז ע"כ • הנך רואה בעיניך רבים ונכבדי' הסוברים שבלישנא קטיעא וגריעא אין הקנין מתקנו ומשלימו כ"ש במחסר גוף הדבר עצמו הנקנה בנ"ד גם מלדברי רבינו שמה ור' ברוך המובאים ונזכרים למעלה מוכיחין דאי לאו עדותם של העדים דקא מסהדי דנעשה כתקו"ל הגם דהיה אופן ההקנאה נק"ם לפי מ"ש מהר"ם אלשיך הביא דבריו הר' כנה"ג סי' רי"ב הגב"י אות ה' דרבי' ברוך נק"ם קא מיירי לא הוה מהני לפרש ולמימר דמגופה של קרקע קנו מידו וע' להרב פמ"א ח"א דכ"ח ע"ב שנדונו היה נק"ם ואייתי בידיה מחלוקת ר"ש ור"ב יע"ש ועיין למהרשד"ם הביא דבריו הרב כנה"ג סי' קי"ל הג"הט אות ד' שלדעת הרא"ש אף אם קנו מידו במחילת קרקע לא מהני דלא אמרינן מגופה של קרקע קנו מידו ויעויין במ"ש הכנה"ג סי' רמ"א הגב"י אות מ"ב ומ"ג ע"ש והכי מחברר מתשו' הכנה"ג הנז"ל דהגם דנ"ד היה נק"ם עכ"ז כתב בדקל"ו דלא אהניא הגם דכתוב כתקו"ל עכ"ז לא אהניא לפרש ולמי' דמגופה של קרקע קנו מידו

ואיברא דראיתי למהר"ש ברודו ז"ל הובאו דבריו בתשו' הרב פ"מ ח"א סימן פ"ב דקל"ו ע"ג וע"ד דכתב דע"כ לא חלקו הראשו' בפלוג' הנז"ל אי אמרי' דמגופה של קרקע קנו מידו אלא דוקא בלישנא דד"וד דהוי לשון גרוע אמנם היכא דהלשון הוא לשון טוב כגון לשון מחילה אליבא דכ"ע אמרי' דמגופה של קרקע קנו מידו ומכח זה יצא לדון בנ"ד שהיה לשון מחילה דוכה כמקבל מתנה יע"ש

ולדידי מלדברי רבינו ברוך ור"ש הנז"ל דלשון השטר היה דנתנו לו כח יפה ליקח הפירות של הקרקע בק"ג כו' עכ"ז לא זכהו ר"ב ז"ל אלא מטעם הלשון כתקו"ל הגם דהוא נק"ם לא אתי עלה לומר דמגופה ש"ק קנו מידו והגם דאין כאן לשון גרוע מוכח דאף בלשון טוב לא אהניא לפ' ולמימר דהקנין משלים ומתקן אופן ההקנאה גם הר' פ"מ שם דר"ו ע"ד ודר"ז ע"א חלק על מהר"ש ברודו ז"ל וכתב שלדעת ריב"ש וריצב"ה כו' לא מהני האי לישנא הגם דהוי לישנא מעליא לפרש ולמימ' מגופה ש"ק קנו מידו אם לא שיפרשו דבריהם בשעת הקנין דמגופה ש"ק קנו מידו יע"ש וע"ש להרב פ"מ בסוף תשובתו דר"ט ע"ג ודוק ובס' לח"ם הנ' ק"ס דס"א ע"ב וע"ג

הכלל העולה מכל מ"ש דהאי לישנא דשטר' גריעא ואין דניקבה לפוליא מחוק' מ"ק וכ"ת הגם דלא אהניא האי לישנא דהוי דבר שב"ל מ"מ איכא לדון בה מחמת קבלת האחריו' מכל טוען ומערער ככתוב בשטרא דנא כו' ואם כן אם בא זה לערער ולבטל המכר מנא דאין כאן הלות הקנין מחוייב מחמת האחריות והשעבוד וכמ"ש הרב בע"הת משם הרמב"ן הביא דבריו מרן ב"י סי' כ"ג סי"א והרב מהרימ"ט ח"מ סי' ס"ט כתב כן בפשיטות וז"ל וכ"ת • הרי כתוב בשטר איך מכר כו' והו"ל מוכר דבר שב"ל מ"מ להכי כתב אח"ך לשון שעבוד לאת העורות ליפות כחו דאם לא יועיל משום מכר יועיל משו' חיוב וראיה מה הביא דפ' נערה דמ"ד ראשון במכר ושני במתנה לאחריו' כתביה שאין החיוב לתת המכר בלבד אלא להשלים ענין הקנין כו' עכ"ל יע"ש

הרי דפשיט ליה לכאורה להר' מהרימ"ט דכל שטר הבא לפנינו שקנין לא חל מטעם שהוא גרוע כדשב"ל וכיוצא אם כתוב בו שעבוד ואחריות מחוייב להשלימו אסברא לן הר' ז"ל מסוגי' דכתובות דכל היכא דאיתיה תחת האפשרות שלא לבטל השטר המוגב קמן אמרינן ולא בטל ב' את הא' והגם דהרואה יראה דאין הנדון דומה לראיה דהתם שאני כיון דאיתיה בעולם שפיר אמרי' ליפות כחו ולא תתבטל השטר קיים לא כן לדשב"ל דלא חלה המכירה מחמת גריעות עצמות הדבר א"כ מה יתן ומה יוסיף שעבוד ואחריות אשר קבל מ"מ דינו של הרב ז"ל איתיה לכאורה מתוך דברי הרמב"ן והאמורים למעלה

אלא דלכאורה תברא בצדה דהרב בע"הת שם פליג על הרמב"ן וכמו שפסקו הטור ומרן בש"ע שם סעי"ו דכל היכא דלא חלה המתנה והמכר מכח הקנין גם השעבוד והאחריות לא אהניא גם הר' לח"ר הנ"ל הרב החבי"ב הגב"י אות ט' וכתב דכיון דהוי פלוגת' דרבוותא יכול המוחזק לו' קי"ל והכי מתברר

מחברר דס"ל להרשב"א ז"ל בתיוהסות סימן ס"ו רמזה מרן ב"י סימן קל"ה כנז"ל על מי שמכר או נתן דירה לחברו וקבל אחריות ושעבוד כו' וגם הנותן בטענ' אחר דהמתנה לא חלה גם השעבוד ואחריות בטל והשיב הרשב"א ז"ל דהדין עם הנותן דכיון דהמתנה בטלה גם האחריות לא אהני ועוד שהאחריות לגבי הנותן בעצמו לא מעלה ולא תוריד דאין האחריות אלא מחמת עוררין מהמת גזילה ומחמת שעבודין שקדמו אבל לגבי הנותן בעצמו שבא לבטל מתנתו לא מעלה ולא תוריד עכ"ל

הנה ילפינן תרתי מתשו' הרשב"א הלוו הדא דלא כשב'הרמב"ן לכאו' אלא דס"ל כש' הרב נעה"ת ודעימיה דכל דליכא חלות במתנה גם האחריות אינו כלום ובטל ומבוטל מעיקרו ועו'הוסי' לן הרשב"א ז"ל חידושא אחריתי דאפי' אם ישנו תחת האפשרות להיוביה מכח האחריות אינו אל השעבו' ואחריות לקיום והעמדה של דבר הניתן לא כהיכא דהאחריות הכתוב בשטר הוא לסלק כל מעורר וטוען כו' דכל כה"ג אינו מוסי' כח לקיום והעמדת הדבר ולחיוביה לנותן ווה סיוע למש"כ הרב פ"מ ח"ב סימן י"ד דז"ך ע"ב משם הר"ל איסטרונסה ז"ל וסמך עליו הרב פ"מ ז"ל דזה אמת ויליה רמזו הרב ח"ש הגנב"י אות ס"א דע"כ לא קאמר הרמב"ן אלא כשהאחריות הוא לקיום המתנה אז גובה מדין האחריות אבל כשהאחריות הוא לסלק הערעור הקול' או השעבוד והאחריות בטל מאחר דהמתנה לא חלה יע"ש אמנם מתשו' הפ"ת ח"א סי'ס"ו משמע לכאו' להפך דכתב על נדון דידיה מחלוקת הרמב"ן ודעימי'

ואיך היה פסקו של מהרימ"ט ז"ל דחייב לאותו לורנא מדבנן ולא השגה בטענתו דטען דמאחר דהמקח נתבטל מטעם דהוי דשב"ל גם השעבוד נתבטל כו' לכאורה במחלוקת של הראשונים ז"ל הוא תלוי ונשאני לעצמי נראה דהרב מהרימ"ט ז"ל מכרע דברי הרמב"ן ז"ל שהביא הרב נעה"ת ז"ל דלא פליגי ע"ד הר"ב התרומות המוך ונראה ודלא כפירושם של הר' ג"ת והרב לח"ר והרב מהר"ר דניאל והרב פני משה ז"ל דהרב מהרימ"ט ס"ל בדעת הרמב"ן דהיכא דבא לגבז' מכח שעבוד ואחריות בדבר דלא היה עצמות הדבר הניתן כגון דאמר ליה מה שעתיד לקנות אני מקנה לך וע"ז מקבל האחריות ומשעבד נכסיו דאית ליה בעידן ההקנאה אז ס"ל להרמב"ן מאחר דהמתנה בטילה גם האחריות והשעבוד בטל כיון דבא לגבות מאי דלא נתן לו וכן היכא דא"ל שדה פ' שעתיד לקנות אני מקנה לך וע"ז שעבד לו נכסיו דאית ליה ומה שעתי' ליקח ובא לגבות מתה שקנה ולא מאותו שדה שיחל לו דינא הוי נמי דלא גבי אף דכתב לו דאקנה באחריות אמנם היכא דא"ל שדות שעתיד אני לקנות אני מקנה וע"ז שעבד מה שעתיד ליקח או שא"ל שדה פ' כו' וקנה נכסים ובא לגבות מאותו קרקע דשעבד לו דנמצא דגבייתו לא הוי אלא מעצמות הדב'הניתן לו אז פשיט ליה להרמב"ן דל' מהכא ההקנאה ת"ל

מכח האחריות גופי דגבא ליכא למי' כיון דההקנא' בטילה גם השעבוד והאחריות בטל וכאמור ולוק בד' הרמב"ן וא"כ נלון הר'מהרימ"ט דהיה כתוב בשטר איך מכר עורות שעתיד לקנות ונתחייב המוכר לתת העורות לזמן פ' כו' שפיר דן דינא הר' מהרימ"ט וחייב את החייב מאחר דהגבייה הויא מעצמות כדבר המכור לו דנשתעבד המוכר ללוקח וכבר יליב' מילתא בעיני המעיינים דאורחתיה ודרך לימודו של הרב מהרימ"ט ז"ל בעיונו הזך על כל דבר קשה ונעל' בעיני המעייניסקל הוא בעיניו ולהכי סתם הר' ז"ל במאי דפשיטא ליה ברוחב בינתו וכבר ראיתי להרב ש"ך שם סימן ס' ס"ק ולהרב בני יעקב ד' ל"א ע"ד ולהרב ה"ש הגב"י אות ס' מש"כ משם מהר"ר קארו ז"ל ואין דרכי כדרכיהם ולא מחשבותי כמחשבותיה' כמו שיראה הרואה אלא דאפשר להעמיס בדברי מהר"ר קארו קצת דברי

והנה כל זה שעמדנו ע"ד הר' מהרימ"ט כבר קדמוני בזה הרב לדברי אמת קונט' ז' דס"ו ואשגח לה הרב ז"ל תרגוע ממ"ש הרשב"א ח"ב סימן קכ"ד על מי שמכר לחברו שטרות וא"ל קני לך כו' ולא כתב הקנאה וכתב לו אחריו' דאם לא יפרעו לך כו' וקנו מידו דגובה שאין האחריות תלוי במה שקנה אולא קנה כו' והביא דהרי"ף כו' מסתברא דלא דמי לה כו' עכ"ל הרשב"א ולמד הרב ד"א ז"ל דמוכח מהכא הפך דברי הרבנים הנז"ל אלא דמכאן ראיה לדברי הש"ך והרב ת"ה דאיכא לפלוגי בין שעבוד לחיוב ודברי מהרימ"ט שרירין וקיימין יע"ש

ולדידי מסך תשו' הרשב"א אין כאן דבר מנגד לסברתם של הרבנים דלא שנא להו בין חיוב לשעבוד ודברי הרשב"א ז"ל אינן ענין לזה והוא דס"ל להרבנים ז"ל דע"כ לא אתמר האי דינא בי מדרשא דכל דעיקר המתנה בטיל'גםהשעבו' והאחריו'בטל אלאדוק'היכא דבקנין גוף ההקנא'שית' נמי האחריו'אז מאחר דעיקר הקנין נתבט'דעל עצמו' המתנה גם השעבוד הנגרר הבא אחריו נמי נתבטל אמנ' היכ' דבא הדבר כנלון הרשב"א דגו'עצמו'הדב' הנקנה הוא באנפא אחרינא ואח"ך כתב לו שטר של אחריות כו' וקנו מידו על זה כתב הרשב"א דמסתבר' שאינו ומה נלון זה לנלון הרב אלפאסי ז"ל ודוק בסוגיא דמציאה שהביא דהביא הרשב"א ז"ל ובתשו' הרשב"א שם סי'ר"ס ולעיקר נ"ל אין כאן בית מיחו' דכבר כתבתי משם תשו' הרשב"א בתיוחסו' דקבלת האחריות לסלק עורר וטוען גריעא טובא וכל דההקנאה בטילה מכח הדין גם האחריות מבוטל מעיקרו ובמציאות אחריות כזה כבר כתבנו משם מהר"ר דניאל איסטרונסה ז"ל והסכים עמו הר'פ"מ ז"ל באותה תשו' דח"ב סימן י"ד כנז"ל דאין כאן שום מחלוקת

המורם מכל האמור דכמו דאין לנוכחו ללוקח הנז' בשאלה במקחו מחמ' הג' הכתוב

הכתוב בשטר דגריעא גם אין לזכותו מחמת קבלת האחריות דהמקח נתבטל מעיקרא דלא חלה גם האחריות בטל ומבוטל וכמו שהארכנו בזה לעיל ׳

ומעתה אבא לבאר אי יכולין העדים לחזור ולכתוב שטרא אחריתי כדינו איך זיכה לו המוכר ללוקח הזכות שיש לו בפתח הסוה' הנו' ונסתלק מכל זכותו כו' כלישנ' דשטרא המועי' ולפום ריהטא נלע"ד דלאו כל כמנייהו דשהדי לחזור ולכתוב שטרא אחריתי מאחר דכבר העידו בשטר המוגב קמן איך מחל לו ההמשה לק' מע"כ מחילה גמורה ממה שעתיד להרויח כו' וקנינו כו' נמצא דהאי לישנא דקנייה לא אהניא מאחר דהקנאתו היתה פירות דקל לאו כל כמנייהו לתקן סהדותייהו ולמימר דהיתה בהקנאת המקום דהיינו דקל לפירותיו והכי מתברר מדברי רבינו שמחה הנז"ל וז"ל שאל ר' שמחה את רבינו ברוך על שטר דלא היה כתוב בו קנין פירות כראוי שלא הקנה לו הקרקע לפירותיו אי אמרינן האי שטרא חספא בעלמא הוא וכיון דהעדים חתמו כבר על ל' המתנה דלא שפיר כתיבא כמי שנחקרה עדותן בב"ד ושוב אין חוזרין ומגידין אותם העדים לחזור ולכתו' שטר אחריתי דהקנו לו הבית אלא א"כ יקנו לו הבי' מכאן ואילך כראוי יע"ש והרואה יראה דר"ב ז"ל לא פליג עליה אלא מטעמא דהשטר שפיר כתוב ובכלל עדותם הכתוב בשטר המוגב קמן איתיה דהקנה לו הקרקע לפירות גרס היכא דלישנא דשטרא הוא גרוע לאו כל כמנייהו דסהדי לתקן ולפרש סהדותם וכן הסכים מהרשד"ם ז"ל סימן הנז"ל דמספיק' אפי' אם ירצו העדים לומר בפי' שהקנה לו הקרק' לפירו' אין נאמנים יע"ש ועוד נראה דלישנא דשטרא דנ"ד גריעה מלישנא דשטר' המובא בדברי ר"ש ור"ב דהתם היה כתוב בו דנתנו לו כח ליקח הפירות כו' כתחז"ל כו' דאפשר לצדד דהכונה היא דהנתינה הייתה כדינו באופן המועיל התם אמרה רבינו ברוך אמגם היכא דהלשון גריעא כלישנא דשטרא דנ"ד איךמחל לו החמשה לק' ממה שעתיד כו' דהאי לישנא גריעא ומקולקל וכמובן נר' דאליבא דכ"ע ל"מ

וחד מן חברייא נר"ו הבוא אמר מאחר דנביגי הסופרים לבעא בשפתים בשעת הקנין לומר למקנה איך נותן לעדים כח ורשות מעליא לכתו' שטר העולה לכו' דינא נמצ' דאפאם נימא דהאי שטרא חספא הוא הרי בפי' א"ל לסהדי לכתוב שטר כדינו וא"כ חשיב כאלו העדים מעידים דבפירוש א"ל לכתוב ללוקח שטר בהקנאת המקום לפירות ואייתי בידיה תשו' מור"ם סימן מ"ט והביא דבריו הרב המבי"ב סימן כ"ט אות כ"ב על שטר שכתוב בל' אסמכתא והעדים מעידים ע"פ שאמר להם המתחי' שיכתבו שטר יפה יכולין לעשות שטר אחר ולתקן הענין בדרך דלא יהיה אסמכתא דמאחר דשטר זה אינו מועיל לא עשו העדים שליחותייהו וכמ"ש הרשב"א בתשו' כל שאמר לעדים עשו לי שטר שטר מעלי' קאמר הרי בפי' דאסברא לן מור"ם דכל שלא יצא מתחת יד העדים שטר המועיל לפום דינא שמי בידייהו לחזור ולכתוב ולחתום שטרא אחריתי המועי' ע"פ שורת הדין הואיל וצוה לעדים דבעי שטר כדין א"כ לא עשו העדים שליחותייהו את"ד נר"ו

וכשאני לעצמי לא מכרעא ואין ראיה מדברי מור"ם דהיא כפשטיה תקשה ליה למור"ם דברי רבינו שמחה הנז"ל האמורי' למעי' וכתב רבינו שמחה לא איירי כדצוה לעדי' לכתו' שטר המועיל אלא שתם צוה להם לכתוב שטר ומש"ה נסתפק ר"ש ז"ל הא ליתא מתרי טעמי חדא דלאו ברשיעי עסקינן בבואם העדים לחזור ולכתוב שטר אחר שהקנה לו הבית לפירות אם לא דכך צוה להם או שכך היתה אופן הקנייה וע"ז כתב דאינם נאמנים מאחר דלישנא דשטר' המוגב לפנינו אינו עשוי באופן המועיל לפום דינא א"כ אינן יכולין לכתוב שטרא אחריתי דכבר עשו שליחותן ועוד ראית מור"ם ז"ל דהביא מתשו' הרשב"א ז"ל הנה תשו' הרשב"א עיקרו בוא דכל המצוה לכתוב שטר על אופן המועי' נתכוון ועוד דהסברא מחייבת דאינן יכולין לכתוב אף במצוה לכתוב שטר כדין כל שאופן ההקנאה היתה גרועא וכי מי שהקנה לחברו מטבע וכיוצא בק"ס וכך היתה אופן ההקנאה בעידן הקנייה וצוה המקנה שיכתבו העדים שטר המועיל לפום דינא וכתבו העדי' השטר כדהוה שהקנה לו המקנה בק"ס כי שמי בידייהו של העדים לחזור ולכתוב שטרא מעליא כיון דצוה לכתוב שטר כדין הא ליתא וכי לישנא דשטרא איהו ניהו דקא מוכי או קא מחייב הלא אופןההקנ' מאי דהוה בעידן קנייה איהו ניהו דקא גמר וא"כ אינן יכולין לשנות בכתיבתן שטר אחריתי להפוך ולשנות סדר ואופן הקנייה וכדברי' אלו מצאנו ראינו בתשו' הריב"ש סימן תק"ג רמזה הרב הכנה"ג סימן מ"ט הגב"י אות ח' וז"ל דהא דמסקינן כותבין ונותנין אפילו ק' פעמים זהו במה שטעה הסופר ושינה ענין החיוב או שמות המתחייבים או בסכום אבל בנדון זה הסופר לא שינה דבר אבל כתב הקנין כאשר הוה והקנין בעצמו היה טעות איך ישנה הסופ' לעשות מה שלא היה וזה לא נכנס בכלל מה שהתנה לעשות השטר עפ"י חכמים שישנו ויחליפו הקנין כו' יע"ש

הרי נהדיא כהאי חילוקא שכתבנו דכל דבאו העדים לשנות הענין מאי דהוה בשעת הקנין הגם דבפירוש ציוה להם שיכתבו לו שטר באופן המועיל לפום דינא בלאי שום ספקפוק לאו כל כמנייהו לחזור ולכתוב שטר אחר המועיל ולשנות ולכתוב ש' ואופן הקנייה ומעתה גם דברי הרשב"א ז"ל אשר סמך עליהן מור"ם ז"ל אינן מתפרשין אלא בכה"ג דבכתיבת שטר הראשון אינן באין העדים לשנו' אופן הקנייה מאי דהוה בשעת קבלת עדותן וכמ"ש מתם הריב"ש

ועלה ע"ד לומר דע"כ לא אמרה מור"ם ז"ל אלא דוקא באסמכתא וכיוצא לאסמכתא' דבעצמות הקנין ליכא שום גריעות אלא בגמר הדעת הוא

הוא תלוי וגם דכבר נכה ישולו שם מור"ם דאשהעדים לא כתבו שטר אחרמ"ת לנין על פיהם מה שמעידים ואין בזה משום חוזר ומגיד דהרי אינן מכחישין דבריהם אלא מוסיפין על עדותם עכ"ל הרי בהדיא דהרב ז"ל לא חשיב דינא דאסמכתא דנ"ד דבר מוכחש ממה שהעידו בראשונה מש"ה אפשר דלא חשיב ליה דעשו שליחותן בכה"ג דוקא אמנם היכא דבאין העדים לשנות ס' כתיבתן ממאי דהוה מעיקרא וכנ"ל כגון דמעיקרא הקנה המעות או פירות דקל וכיוצא בק"ם לזה לעדים שיכתבו השטר כדאוי לפוס דינא והעדים כתבו השטר כדהוה בעידן ההקנא' שוב לאו כל כמנייהו להזור ולכתוב שטרא אחריתי המועיל לפום דינ' הגם דליוה להם והיינו הביא דהריב"ש ז"ל וע' להר' פ"מ ה"א דרמ"ו ע"ג וע"ד ונא"ב סימן י"ד דכ"ו .

ואין לומר דהיכא דלוה לעדים שיקנו מידו באופן המועיל לפום דינא בלתי שום פקפוק והעדים מהוסר המושג לא אסיקו אדעתייהו אופן ההקנאה השייך לאותו דבר וקנו מיד הנותן בקנין גרוע דלא אהניא לפום דינא ואח"ך המה ראו והבינו דלא אהנו מעשה ידיהם אפשר דבכה"ג מאחר דהצווי היתה על עיקר ההקנאה סמי בידייהו של העדים לחזור ולכתוב שטר אחר וכפי זה בנ"ד נמי אם היה דכך ליוה להם מלו העדים לחזור ולשנות שטרא אחריתי כהוגן הא נמי ליתא מאחר דסוף סו' חסרה ההקנאה לפי האמת כיון דהעדים טעו באופן ההקנאה מה יתן ומה יוסיף כח הלואה דהיתה על עיקר הקנאה גם אין להלך ולומר דהיכא דהעידו העדים דליוה הנותן בעידן ההקנאה דיקנו מידו איך הוא מקנה בהקנאה הלז באופן המועיל לפום דינא וקנו העדים מידו של נותן ע"ד זו והעדי' בכתיבת השטר לא נכתב כדינו המועיל לדינא וא"כ נימא דבכה"ג סמי בידייהו של סהדי לכתוב ולחתום שטרא אחריתי מאחר דליכא גריעותא באופן ההקנא' וא"כ בהביא דמור"ם ז"ל דהיה אסמכתא וכיוצ' שכיר לדקו דבריו ולא צריכינן למשכוני נפשין כנ"ל הא נמי נלע"ד דאינו עולה לפום דינא מאחר דהעדי' עצמם המה ראו וכתבו בשטר דהיתה אופן ההקנאה כאשר מפורש בלישנייהו ואנן בדידן ההיא לישנא דשטרא הינו עולה לדינא א"כ מי מעיד דהיתה אופן ההקנא' בשעת הקנין בסתמא וזהו הנראה לדעתי הקלושה

הצעיר **אליעזר**
די טולידו

סימן חי

שאלה ר"וש שותפים זה ימים וחלקו של קרן של ר' היה כפלים משל שמעון ולדוחק השעה הוצרך ש' לצאת לקרית חוצות לגבות כתובות שהיו חייבים להם לשותפות וישם לדרך פעמיו ובא עת פקודתו ומת ש' בדרך בארץ נכריה ובאו אפוטרופסי יתמי ש' ועמו חש' עם ר' וכפי פנקסו של ש' הכתוב בכתב ידו היא מתפרשת דלא די שאכל ש' הקרן קיימת שלו אלא ויאכל את כספו של ר' סך רב ועתה תובע ר' שרוצה לעכב מהסחורו' הנשארו בחנות עצמו של השותפו' והיה הנשאר מהחו' רוצה לגבות חובו משאר עסקיו שהיה לו לש' לעצמו והאפוטרופסי יתמי ש' מעכבים ביד ר' שלא לגבות אף מהסחורות של השותפות ועתה לשאול הגיעו להיכן הדין נוטה

תשובה לכאורה נראה לומר דשפיר קא מעכבי אפוטרופסי היתומים שלא יגבה ר' מהסחורות הנמצאות באמצע השות' דהלכה רווחת דהדבר הידוע לשות' בחזקת שניהם קיימי וכיון דכן נמצא דר' מוציא מקרי מיתומים קטנים דהא כל מה שאכל אביהם מזכות ראובן שותפו מלוה מקרי ונתחייב ש' לשלומי ליה לראובן מכיסו וממונו ואילו היה ש' קיים דילמא הוה טעין שום טענה לפטו' את עצמו ועלה ע"ד לצדד ולומר באותו מחלו' של הרב המבי"ט ח"א סי' קמ"ע ומרן בת' בס' אבקת רוכל סי' קע"ג ועי' להרב גו"ר כלל ב' סו"סי א' דלדעת הרב המבי"ט הוא היכא דשותפין שלוו לצורך השות' ומת א' מהשות' ונשארו חייבים לאחרי' מחמת השותפות ונשארו סחורות באמצע השות' הגם דקיי"ל דבחזקת שניהם קיימי עכ"ו גובין משם כל מה שלוו לצורך השות' אף שאיכא יתומים קטני' משום דדמי לעסקא דקיי"ל כרבא דיהבינן ליה לבעל העסקא כל הנמצא אפי' לחלק המלוה אבל אין כתובה וב"ח אחר גובין משם ושכנגדו חלוק עליו הוא מרן הקדוש ובא בטענה דלא דמי לעסקא דלאו להוצאה ניתן אלא שיהא העסק קיים ואם נתן במתנ' ונתברר שהוא מדמי העסק מוציאין מידו משא"כ היכא דלוו לצורך השו' דלהוצאה ניתן ואם נתן מתנה אין למלוה עסק עם המקבל מתנה וא"כ נכסים אלו בחזקת השות' הם ונחלוק נכסים הללו בין השותפין וחלק השות' המת אם יש לו יתומים קטנים לא יגבה שום ב"ח מהם מחלק הקטנים עד שיגדלו כו' בין אותם שליוה לצורך עצמו בין אותם שליוה לצורך שותפו' יעו"ש

הנה מפורש יוצא לכאורה לנדון דידן פיטור ליתומים מת' מרן ז"ל הלוו דמאחר דממון השותו' בחזק' שניהם קיימי א"כ זה מקרי מוצי' ואין מוציאין עד שיגדלו כדין כל מלוה דאין מוצי' מיתמי ולדעת הרב המבי"ט ז"ל כי היכי דהכי לוו מאחרים לצורך השו' מוציאין חלק היתומים ונותנים למלוים שהלוו ממונם לצורך השותפות כמו כן מוציאין ונותנים לר' שותפו תשלומי חלקו שהביא לצורך השות' ואכל את כספו ש' הגם דבחזקת שניהם קיימי ונמצא דבהא פליגי אי נקרא מוציא מיתומים קטנים או לא ומורי הרב אליהו נר"ו אסבר' לי דבנ"ל אף מרן ז"ל מודה ובא דמפקינן משום דדמי לעסקא דע"כ לא אמרה מרן ז"ל אלא דוקא התם דלוה מאחרים לצורך השותפות דתכ' להלואה מסתל' הב"ח מן הנכסים שהלוה ולאו אדעתייהו סמיך מטעם דמלי לאברוחינהו וקא סמיך הב"ח על עיקר גופו של לוה ומש"ה לא דמי לעסקא דקא סמיך עלה בעל העסק וכמ"ש רש"י שם אמנם בשות' שהביא ממונו לאמצע השות' עיקר סמיכתו הוא עלייהו ולא קא' שביק לאכול לשותפו יותר מחלקו אם ישנו תחת האפשרות דלא הבעלים שותפו ממנו וקא ידע חברו

חברו מזה וא"כ דמי לעסק ממש ולא נעש' מטלטלי' אצל יתמי

ועפ"ז עולה בידינו שלשה חלוקות הא' היכא דאין שות' אלא הוא לבדו הוא שלוה לצורך חנותו ומשאו ומתנו ומת בזה אף הר' המבי"ט מודה ובא דלא מצי המלוה שהלוה ללוה להוציא מן יתמי מאחר דלאו עלייהו קא סמיך ולא דמי לעסק כלל והחלוקה השנית היכא דיש שותפי' אחרי' בשות' שנשתתפו עמו ולוה לצורך השות' ומת בזה פליג הר' המבי"ט משום דזה דמי לעסק ממש משום דכיון דהם חייבים בחוב הלז ה"ל כאילו הם השותפים ממש מסרו לו העסק בידו ועלייהו קא סמכי והחלוקה השלישית הוא היכא דהשותף לא אכל קרן שלו כולו או מקצתו אלא שותף חברו אכל מקצתו ונשאר בשותפות סך מה ומת אחד בזה ליכא מאן דפליג דמה שהוא קיים באמצע השות' נוטלו השותף הנשאר דומיא דעסקא ואף מרן מודה בזה אפלגבי יתומים קטנים ולא מקרי מוציא

ובפ"ת הא כתב הרב הכנה"ג סי' ק"ח הג"הט אות ט' דאין לשות' לעכב ממון השות' איזה סך בטענה שהשות' חברו הוציא ס"מ רב ועצום בהוצאותיו והידיעה מפורסמת לכל כו' דאין להוציא מן היתומים בטענה זו דטענינן להו דאילו היה אביהם חי היה טוען דממקום אחר הרויח או מציאה אבדה או נתנו לו מתנה ומשם הוציא כל הוצאותיו וטענות רבות יש לטעון בעד היתומים עכ"ל ופליג על מהרש"ך ז"ל שאני התם דהשותף ההוא בא בטענה בלבד בלתי שום הוכחה מראית של השותף המת לא כן בנ"ד דאיכא פנקס מסודר לכל משאו ומתנו ובכלל מסדר והולך בפנקסו ס' הוצאותיו שנטל מאמצע השיתו' דנמצא דהוא עצמו מודה ובא שהוצאותיו אינן ממקום אחר אלא מנכסי השות' א"כ אף הרב כנה"ג ז"ל מודה ובא דשפיר קא מעכב השותף ממון השותפות וכאמור ומעתה העולה לפום דינא בנ"ד דלאו כל כמנייהו שלאפוט' היתומים לעכב ביד ר' הפרעון ממון הנשאר באמצע השות'

אמנם במה שרוצה ר' לגבות שארית חובו משאר ממון של ש' בזה יש לדון דכבר ידוע פלוגת' דרבוותא בתראי אי מוציאין מיתומים קטנים ע"פ פנקס אולא יעויין בסי' ס"ט ובסי' ל"א ולכל החילוקי' איכא פלוגתא ומצי המוחזק לו' קי"ל יעויין להרב בני אברהם ח"מ סי' ח"י אמנם איכא לפלוגי דבפנקס המסודר בענייני השות' א' לא' ובכלל מסדר לעצמו השות' ענין האכילו' שנטל וקבל לצורך עצמו מממון השות' כ"ע מודו דבפנק' כזו מוציאין מטעמא דלאו אורחיה של שותף לשלם דדוקא בעלמא דניתן לפריעה חיישינן דילמ' אשתלי למוחקו מפנקסו ברם באכילת שאוכל השותף מעסק השותפו' לאו לפריעה קאי להביא ולשלם מביתו אלא סמיך על העסק ועל יגיעו ועל עמלו למלא' חסרון אשר יחסר לו וכבר כתבו ז"ל דבענייני פנקס הכל לפי ראות הדיין ועיניו יחזו ישר והוא ישפוט ע"פ שכלו ואומד דעתו כנדון דידן דהפנקס פתוח ומסוד' רגלים לדבר כזו דלאו אורחיה דשותף להביא מביתו לשלם במעיקא ועיין להרב ידיו ש"מ ח"מ סימן ה' שכתב דבתרתי פנקס מסודר ורגלים לדבר ליכא פלוגתא כלל יע"ש

וראיתי להרב מט"ש סי' ס"ט הגב"י אות ל"ח דתמה ע"ד הרשב"ץ משני תשו' דסמיכי אהדדי דבסי' קל"ד מחבר דס"ל כס' הרא"ש דמוציאי' ע"י פנקס וסמיך ליה בסימן קל"ו פסק דאין מוציאין מן היתומים ע"י פנקס והוכרח לחלק הרב בדאיכא רגלים כו' יע"ש והרואה יר' דדברי התשב"ץ מיוסדים על אדני פז ואין בהם נפתל ועקש דהבית דסימן קל"ו לא איירי אלא בפנקס התובע והא ודאי ליכא מ"ד דמוציאין דלא שבקת חיי כו' ומרא"ש' וע"ש נשא ונתן הרב שלא להוציא בפנקס התובע וזהו שסיי' הרב ואפי' הנשים שאינן יודעות מו"מ לא יחייבו להיורשים ע"פ פנקס מי במת ונפ' הגוזל מוכח דהפנק' מחייב ליורשים אבל לא לחייב לאחרים כו' עכ"ל ותשו' הרא"ש דהבי' סייעתא לדבריו הוא בפנקס התובע כמו שיראה המעיינים וזה פשוט

עוד להרב מט"ש גופיה בסי' ל"א הגה"ט או' ר' דכתב חילוק זה בין תובע לנתבע ותליה מתשו' הרשב"ץ הלזו דסי' קל"ו וסימן רמ"ג יע"ש ואיך שיהיה למאי דאתאן לנ"ל דפנקס כזו מוציאין מן היתומים

אלא דיש לדקדק לכאורה אי מחייבינן ליה לר' השות' שבועה מאחר דעדיפו כח הפנקס מכח שטר קיים דע"י השטר אין מוציאין מן היתומים עד שיגדלו וע"י פנקס מוציאין וא"כ כי היכי דהעדיפו ליה נימ' נמי להא דלא מחייבינן שבו' לשותף וראיתי להר' כנה"ג סי' ס"ט הגב"י אות מ"ל דכתב וז"ל שיהא פנקסו של אדם יותר טוב משטר דבשטר צריך שבועה ובפנקס יגבה שלא בשבו' אפי' תימא דגם בפנקס יגבה בשבו' קשה מאד הדבר כו' יע"ש וכ"כ בת' ה"א סימן ע"ד יע"ש ומריהטא דהאי לישנא משמע דמפשט פשיטא ליה דאין צריך שבוע' וראיתי להרשב"ש סימן תס"ט דהשיב בפשיטו' דבפנק' צריך שבועה יע"ש הגם דהרב קאי בשיטת הרא"ש דמוציאין מן היתומים ע"י פנקס יע"ש

(ע"כ מצאתי)

סימן יט

שאלה רו"ש שהיו שותפי' עם לוי ויהודה על עסק מין סחורה אחת והיו שולחין רו"ש ע"י לוי ויהודה לקרית חוצות הסחורה הנז' והיו פורעים לוי ויהודה הקרן והריוח לי"ל ראובן וש' חלקם ולימים נשברו ר' וש' ומפני חמת המציק והנוגשים אלים הוצרכו לברוח לארץ מרחקי' ויהי ימים תבע שמ' מאת לוי שיראה לו חש' הסלק היטב ושישבע לו שבועת השותפות ויהי כהשיב לוי כוראת חש' השותפות טריחא לי מילתא טובא והנה הוא צריך עיון ועיון ועיילנין להוציא לאור חש' השותפות הלז והכירו בו על' שהראה לשמעון שמץ מינהו וראה שמעון בכתב הנשתוון של החשבון איך היה לוי מלוה לראובן הלואה גמו' לצורכו ולא לצורך השות' יען שלוי היה גיסו של ראובן והיה פורע לו ממעו' העסק

בללו׳ ופסקו בי דינא רבה ועילא מינהרבני׳המובה׳ מהר״ח עובדיא נתן נר״ו ומורי הרב אליהו עניו נר״ו דמחייב לישבע והרליתי הדברים האמורים הנו׳וכה ענו לי דהכי פשטא הבוראה וסוגיין דעלמא הכי אולא אלו דבריהם נר״ו וככי זה מורה יולאה דבשבו׳ אפוטרו׳ ג״כ פסקינן לפוס דינא הכי דמשבעינן ליה היסת בטענת שמא ולא כפסקו של מרן בש״ע ומטעם דהכי פשטא ההוראה ואולי אפ׳ למימר ולחלק בין שבוע׳ השות׳ לשבועת אפוטרופו׳ ולענין היסת בלבד הגם דתנא במתני׳ שוו דינייהו ולא כהר׳פמ״א והגם דהרדב״ז כתב בלישניה השות׳ וחברותיה שו״ר מעין זה ליישב דעת מרן ממה שפסק בסי׳ ר״ל יעויין להרב מט״ש אלא שדחהו יע״ש

ואחר ההיכוש ראיתי בתשו׳מהרשד״ם סימן קט״ן הת׳ דרימז הרב כנ״הג ז״ל דכתב וז״ל אם התובע אומר עכבת כ״וכ כפי מחשבותי והוא אומר לא עכבתי כלל כו׳ מלי למימר קי״ל כמ״ד דבעי׳ הודאה ואין בידינו להכריחו לישבע אמנם ראוי להחרים ע״כ מי שיש כו׳ עכ״ל ׳ הרי בהדיא דלא כהרדב״ז גם הרב בני משה שלעון בת׳ סי׳ ל״ח פשיטא ליה דלא כהרדב״ז דכתב וז״ל תשו׳ כו׳ אם ש׳כופר פטור אף משבועת היסת ונסתייע מהך פלו׳ דבעינן הודאה יע״ש וראיתי להרב נאמן שמואל סי׳ ק״ג דהביא תשובת הרשד״ם ז״ל הנז׳ דחולק ע״ד הרדב״ז וכתב דתשו׳ מהר״ם אלשיך סי׳ כ״א קאי בשיטת הרדב״ז דכתב דחייב היסת אידנתן כו׳ יע״ש והרואה יר׳ דנדון הר״ם אלשיך לא דמי לדינא דשליח דחייב הרמב״ם שבועה מטעמא דע״י משאו ומתנו בממוןבמשלח מורי היתירא לא כן בלוה דקיים מצות פריעה לשליח של המלוה וזה פשוט וזמנה דמות יערוך ולעולם גמגום המקשים כדקאי קאי ועי׳ להרב ד״מ הביא דבריו הר׳ מט״ש הג״הט אות י״ג דכת׳ דאין דברי הרמב״ם אמורים אלא דוקא בכה״ג דנשא ונתן אבל לא במשלח ע״י ממון כו׳דאז לא משבעינן יע״ש והרי זה כמ״ש

וראיתי להרד ב״ו בחלפות סי׳ תל״ט שכתב וז״ל והוי יודע שאם היה שטר שות׳ שאביו של ר׳ היה משביעו בטענת שמא גם היורש יכול להשביעו ע״ט שמא וכמו שפסק הרמב״ם כו׳ עכ״ל ולכאורה קשה כפי פסקו שפסק בישנו׳ דבעינן הודאה דוקא וכש׳ רש״י ודעימיה א״כ נדון דידיה דסי׳ תל״ט דהשות׳ לא היה מודה בכלום א״כ אין כאן שבועה והרמב״ם ז״ל קאי בשיטת רבו ז״ל דלא בעי הודאה כלל אמנם אם נאמר דהרדב״ז בתשו׳הלזו קאי בשבועת היסת ניחא וכשברתיה בתשו׳ הישנות ועי׳ בס׳ באר מ״ה מוליריה ה״ת סי׳ א״ך דקט״ו ע״ג שכתב וז״ל ולטענה הב׳ שישבע ההר״א שלא העלים כו׳ בהיותו מתעסק הא ודאי שחייב לישבע וכמ״ש מרן סי׳ ל״ג יע״ש וכפי המובן מן השאלה דהר״א לא בא בהודאה בכלום וכיון שכן היכי כתב דחייב לישבע מכח פסקו של מרן מאחר דאנן בדידןתפסינן דגל הקי״ל ועוד קשה מאחר דהמשביעים אינן אלא יורשים באנו למחלוקת הרמב״ם ורבותיו וז״ל דס״ל שאין היורש יכול להשביע שותפו של אביו בטענ׳שמא וכבר כתבו גדולי האחרוני׳ דמלי המוחזק לו׳ קי״ל יע״ש להרב הכנה״ג הג״הט ובספר מט״ש שם אלא דלזה י״ל דמהר״ח מולירי איירי בשטענו היורשים דבמה שנתעסק ההר״א אחרי מות מורישם וכמו שבא בשאלה וכן תי׳ הרב מט״ש לתשו׳ הרב ת״ח הלא קו׳ קמייתא קשיא עוד ק׳ מאחר דהר״א היה נוטל שכ״ט ק״ך לשנה מידי שנה בשנה א״כנמלא דהיה לו שכר קלוב וכש׳ ר״ת ודעי׳ יעויין להש״ך שם ס״ק ט מט״ש הגב״י אות יו״ד ב״מ שלטון סימן ל״ח ורמזו אות א׳

וראיתי להרב בית אברהם סי׳ ל״ג שע״ל דרט״ו ע״א דהביא דברי הרדב״ו הנז׳ והקיפם בהל׳ דאין בהם ממש כאשר נבאר ולהב דברי הרדב״ו מהלכה וסו׳ דבר דברי הרדב״ו ז״ל לא ברירי למעבד עובדא וכ״ש במקום שבועה דודאי לא משבעינן לשות׳ הכופר בכל בטענת שמא עכ״ל

ואני אומר נקוט האי כללא בידך ומתיליגלת׳ ארוכה לדברי הרדב״ו מהני תלת הלכת׳ דהביא הרב בית אברהם והו׳מאחר דקי׳ להו לרבנן מטעמ׳ דמורי היתירי דאלומי קא מאלים לטענת שמא וחשבה לה טענת ברי׳ דאנן סהדי דודאי העלים השות׳ ממונ׳ דחבריה אם לא ע״י שבועה דמהימנינן ליה דאמרינן דזה ילא מכלל האומדנ׳ וא״כ נמצא דיסודה היא דבאו לתקן דזה חשיב׳טענת ברי׳ והיינו למאי דנהיג בזמן התקנה למוד׳ מקצת הלואה ישבע בנ״ת וכופר בכל פטור מכל בזמן חכמי המשנה ובא רב נחמן לתקן דאף בכופר בכל ולא קא מודה במקצת ישבע מתילא רויא׳ בדיני שותפין וחברותיה להשביעו אף בכופר בכל הגם דר״ן לא בא בפרטות לענין שותפין מה בכך דהי׳ היא כל שהו׳ טענ׳ ברי׳ משבעינן ליה וכבר תקנו חכמי המשנה דטענת השות׳ היא טענת ברי׳ להשבי׳ בנקיטת חפץ היכא דאיכ׳ הודאה לכת׳ הפוסקים השוב׳ דבעינן הודאה דלא עדיפ׳ ממלוה

סימן כ״א

יש מן המורים נר״ו שרלה לומר דיתומי׳שגדלו ונטלו כל זכותם מאפוטרופום שלה׳שמינו ב״ד עליהם בעודם קטנים ולא תבעו מאפוטרופום שום שבועה בה שעת׳ ואחר זמן תבעו לאפוטרופום בי דינא שישבע להו׳ שבועת אפוטרופום דמשבעי׳ ליה וחיליה מלישנ׳ דהרמב״ם ופסקו מרן בש״ע סי׳ ל״ג דין ו׳ דנקט הכל והשמיט אפוטרופו׳ואני השבתי לו דמדברי מהריק״ש שם דין ג׳ שכתב וז״ל יתומי׳ קטנים שנש׳ ונתן השליח של אביהם בנכסיה׳והחזיר שליחותו בעודן קטנים ואח״ך גדלו היתומים מלו משביע לו כו׳ דמהילת קטנים לאו מחילה היא ע״ש מוכח דאי המחילה היתה בגדלות ולא תבעו ואחר כך תבעו לא משבעינן ליה לאפוטרופום ויעויין שםבמט״ש הגס״ע אות י״ז והכי פשיט ליה להרב בית אברהם שם סי׳ ל״ג דרט״ז ע״א דאם לא תבעו היתומים מיל שוב אינן יכולין לתבוע וחילי׳ מדברי הרמב״ם ז״ל הנז׳ יע״ש (**א״ה** זה הועתק מקונטרים הזכרונות שחיבר רבינו הגדול המחבר ז״ל בכ״י דפ״ג ע״א)

סי׳כב

סימן כב

על דבר המנהיג שמינוהו בני אומנותו להכניס להם ולהוציא להם ושיתנהג להם נימוסי אומנותם וכל המצטרך להם בממונם וקיומ' והעמדה להאומנות יהיה הוא השר השולט ועתה קמו ויעמדו יחד כל בני אומנותו ושאלו מאיתו חש' מההכנסה וההוצאה שהכניס והוציא בידו וגם הושבי' אותו במעגל מעגל ושישבע להם וטוען להם המנהיג כיון שבסתמא מינוהו המוניה המנוהו על כל השר יאמר כה"ו ולא כל כמינייהו למשאל ממנו לא חש' ולא שבועה לשאול הגיעו הב' הצדדים מהו מורת הדין

תשובה על זה יש להביא ראיה הדין עם בני אומנותו ששואלים לו חש' ואין טענת המנהיג טענה והוא דגרסינן בפ"ק דבתרא תנו רבנן אין מחשבין בצדקה עם גבאי צדקה ולא בהקדש עם הגזברין ואע"פ שאין ראיה לדבר זכר לדבר שנאמר ולא יחשבו את האנשים כי באמונה הם עושים הרי מתבא' מהכא דאף דבני הקהל מינו אדם עליהם בסתמא שהוא יהיה המכניס והמוציא אמרינן דדוקא במילתא דחמירא כגון צדקה דהוי ממון עניים וכן גבי הקדש דהוי מילתא דאיסורא נאמן הגבאי ואין מחשבין עמו

ואם תתעקש לומר דלאו דוקא גבי צדקה והקדש ונקט הברייתא מאי דשכיח למיהוי יותר הא ליתא דהא הוצרך התנא לפהות להביא זכר לדבר והוא מבואר' ב"המ דאמר קרא כי באמונה הם עושים ואי מהתם אין זכר לדבר אלא למילתא דהקדש וצדקה דחמיר לאינשי דוק' אלא ודאי דדוק' הקדש דחמיר אמרו ולא במלתא אחריתי והכי מתבאר' מתשו' מהרא"נ"ח ח"א סי' נ"ו רמזה הרב הכנה"ג י"ד סי' רנ"ז וז"ל דמ"ש בגמ' גבאי צדקה אין מחשבין כי באמונה הם עושים וה"ה המלאכה דכה"ג דבתי הקהל דמלאכת שמים היא עכ"ל הרי שהבין הרב דהדברים כפשטן וכן פי' רלב"ג בפי' המקרא בהליא וז"ל כי באמונה הם עושים כי בהקדש מבלל בדילי אינשי מיניה יע"ש

ואף תשיבני דהרי אמרו בהנזקין דנ"ב ע"א וצריך לחשוב באחרו' לדברי ר' רשב"ג הו' אינו צריך וקי"ל כרשב"ג וכמ"ש הפוס' הרי דאפוטרו' כיון דאיניש מהימנא הוא שהרי מינוהו ב"ד אין צריך שיתן חש' ומינה למאי דקתני התם בברייתא הקדש וצדקה לאו דוקי' דחברה בצידה דנכסי יתומי' נתנו להם הכתי' חיזוקי הקדש לכמה מילי עד שאמרו נכסי יתמי הרי הם כהקדש ואפ"ל דלא נאמר זה אלא למעלתם הכא שאני דמידי הוא טעמ' דאין מחשבין עם גבאי צדקה משו' דחמירא להו לאינשי ממון עניים ה"ה והוא הטעם גבי יתמי נמצא דע"פ הדין מחוייב המנהיג הזה שיתן להם לבני אומנותו חשבון שלם הלק היטב ועוד בר מן דין הרי כבר כתבו הרב ב"ח והרב מהריק"ש שם סי' רנ"ו דהיכ' דאיכא רינון שלא נהג כשור' ובאמונה צריך שיתן חשבון א"כ בנ"ד דמרננו אחריה כל בני אומנותו דילו במעל פשיטא ופשיטא דצריך שיתן להם חש' נקי ובר

ולענין השבועה שטענו עליו בני אומנותו שישבע להם לפום ריהטא משמע דגם בזה צדקו דבריהם ומחוייב המנהיג הזה לישבע' ולא סוף דבר שבועת הסת אלא צריך לישבע כעין דאורייתא בנ"ח דמי גרע מנהיג זה מבן הבית אף דמסתמא מינוהו ליכנס פירות ע"י ולהוציא. פי' והמוניה המנוהו משום איניש מהימנא עכ"ז צריך לישבע משו' דמורי היתירא וכן אפוטרו' נמי אף דב"ד מינוהו אותו דגבר' מהימנא הוא וכל הכנס' והוצא' של נכסי היתומים נתנו לו ב"ד בידו וברשותו ומסתמ' המנוהו עכ"ז צריך לישבע משום דמורי היתיר' ולא אהני ליה מאי דמינוהו בסתמא משום דאיני' מהימני' לגבי טעמא דמורי היתירא וכבר מצינו דממונה שמונין עליהם הצבור לפקח עליהם היינו נמי כמו אפוטרו' אלא דלגבי רבים שמונין עליהם אינים מהימנ' לפקח עליהם לא שייך לקרותו בשמו אפוטרו' דאפוטרו' לדקני לא מוקמינן ולגבי יתומים שייך לקרותו בשמו אפוטרופוס ולעולם דא ודא אחת היא יעויין למהריב"ל ח"א סימן ל"ה ובתשו' הרדב"ז חדשות סי' י'. רמזה הרב קהלת יעקב וכיון שכן מחוייב המנהיג לישבע משום טעמא דמורי היתירא

אמנם נרא' כיון שהמנהיג הזה נתנו לו ש"ט באנו למחלוקת ר"ת והרמב"ם דר"ת ס"ל דע"כ לא אמרה בגמ' דנשבעין אלא דוקא היכא דלא שקלי שכר טרחם אבל היכא דאיכא ש"ט תו לא מורי היתירא ובנ"ד נמי לכך הוא נוטל שכרו משלם ואף דהרמ"ע מפאנו סימן נ"ג הביא דבריו הרב המאסף כת' דע"כ לא אמרה ר"ת אלא דוקא במתנת' דהוי תיקון חז"ל אמרינן היכא דתקון תקון אבל לא במילתא אחריתי מ"מ מדברי מרן ב"י והפרישה ז"ל שהכריעו מלשון הרמב"ם דפליג על ר"ת ז"ל מוכח שהבינו דסברת ר"ת לאו דוקא במתעסק לבד דאל"כ מאי ראיה מייתי מלשון הרמב"ם דפליג על ר"ת וכ"כ שם הרב ש"ך בפי' דל"ד מתעסק יע"ש ואם כן חזרנו לדגל הקי"ל דמצי המנהיג הזה לומר קי"ל כר"ת וקי"ל דלא כהרמ"ע מפאנו ז"ל וכ"ש אם באנו לס' הרי"ט בן חביב הובאו דבריו בס' ג"ור ח"מ כלל ג' סי' ב' דפרנס הממונה על הצבור להכניס ולהוצי' כיון דמינוהו בסתמ' נאמן ע"פ פנקסו בלתי שבועה והביא ראיה מתשו' מהר"ם ז"ל יע"ש, ואיכא למשדי נרגא בראיה הלזו דאפשר דמלבד למהר"ם ז"ל ס"ל כסברת א"ן שהביא הגהות מרדכי ורמזה מרן ז"ל סימן רנ"ו דהיכא דליכא מעות בכים של צדקה צריך הגבאי להלוות יע"ש, וא"כ אם טען הלויתי כ"וכ לכים נאמן כמ"ש מהר"ם ז"ל ומ"ש מהר"ם ז"ל דכך הוא דרך הגבאים שהם מלוים לתוך כים של צדקה ה"ק כיון שמחוייב להלוו' הכי אורחיה בהכי ועיין שם להר' גו"ר דפליג על הרי"ט ן' חביב יע"ש ודוק

הכלל העולה מכל מ"ש דבטענת החש' שפיר קא תבעי ליה בני אומנותו ובזה צדקו

לדקו לבריהם אמנם במה שטוענים עליו שיבגע אין טענתם טענה דמצי למימר קי"ל וכאמור ונר' לי להדש דבר כסברת ר"ת ודעימיה והוא דעד כאן לא אמרה ר"ת אלא דוקא דלא קא מערער המתעסק לו' קנו לי יותר ויותר דשכר טרחי שוה שכלים אבל אם מערער על בעל המעות לומר אין אתה נותן לי מאי דחזי לי לפי טרחי בזה נר' לי דמודה ר"ת דמשבעי' ליה דהשתא איכא טעמא דמורי היתירא ולא מנעי' לכי מ"ש הרדב"ז ביבנות סי' ר"ב דלא אמרה ר"ת אלא דוקא היכא דנוטל שכרו משלם ואף דהרדב"ז נסתפק אמרה מית השתא כשכתב דברי ר"ת כתב בזה הלשון כל שכר טרחו לא מורי היתירא והביא דבריו המרדכי ז"ל אלא אף לפי מה שהביא המרדכי הנו' ר"ת וכתב בה וז"ל ואע"ג שהיקילו בשכרו כגון ביזול ליר מה בכך דריבית דרבנן הוא והקילו בשכרו רבנן אבל לעולם שכר ידוע הוא ע"כ מוכח מלשון זה דלא איירי ר"ת אלא אם שכרו קצוב לאין שכרו קצוב דאם שכרו קצוב אף דשכרן הוא דבר מועט כיון דעל סיבוב מעות הללו נכנס מעיקרא תו לא מורי היתיר מידי היכא דקא מערער בכל שעה ושעה הן לי מאי דחזי לי אפי' ר"ת מודה כן נ"ל

הצעיר **אליעזר די טולידו** ס"ט

סימן כג

לעניין שותפין לזמן אי מצו לחזור בו קודם זמנו עיין לגדולי אחרונים שכתבו בהדיא דמצי המוחזק לומר קי"ל כר' ישעיה והנמק"י יעויין להרב כנה"ג בהגו' ה"ב ח"מ סימן כ"ה והרב בני אברהם ח"מ סימן א"ל וסימן ע"ה ואף בדאיכא קנין סודר שכתבו מהרח"ש סימן קי"ג והרב פ"מ ח"ג דלא מצו לחזור וכ"כ הרב ב"ד ח"מ סי' פ"ח דהריב"ש יחיד מ"מ הא אנן בדידן. ראה ראינו להאחרונים שהביאו הגו' הרשב"א ז"ל ח"ב סימן ע"ב וסי' פ"ו דפשיטא ליה כדעת הריב"ש יעויין להרב מה"א ה' שותפות סי' ב' וה' שכירות פועלים סי' ב' דכתב שפשיטות דפשיטות. הריב"ש קאי הרשב"א ז"ל והדרגה לדברי הריטב"א פירשה דבחיוב דוקא אמרה יע"ש וכן פירשה הרב נחמן המוחל סי' ק"ה והש"ך סי' הנ"ג ומהריק"ש שפ כתבו דכוותיה דהריב"ש ז"ל נקטינן וכן דעת הרב תורת השל סי' רס"ח ואף הר' ג"ל נזר בו מת"ש בסי' ס"ה מכח שדאה ת' הרשב"א יע"ש בסי' קנ"ג וכן תרהה להרב הכנה"ג שם בת' הנו' דכתב בפשי' דהא בקנין מצי להזור היכא מת"ש גרות קנ"ה דלא קי"ל כהריב"ש וע"ש באות ד' שדבריו המוהים למדנו מכל זה דבנ"ד דלא היה אלא קנין סודר מצי להזור ראובן ולומר קי"ל כר' ישעיה והר' הנמקי וקי"ל כהרשב"א והריב"ש ז"ל

אמנם מה שעומד לנגדינו לכאורה בנ"ל הוא דברי הכנה"ג שם אות קנ"ה שכ' דאף הריב"ש לא אמרה אלא בפועל דליכא שעבוד נכסים אלא שעבוד הגוף אבל שותפים שנשתתפו במעותיהם כל שנטלו קנין אינן יכולין לחזור יע"ש וא"כ בנ"ד שהשיתוף היה במעות שזה הוציא מנה וזה הוציא מנה ושמו בכיס והגביהו כנהוג לא מצו לחזו' נראה נר' דאיכא חולקי' על הרב הכנה"ג וס"ל דלדעת הריב"ש אף בשיתו' מעות מצי לחזור יעויין להר' ל"י סי' ק' דנדון דידיה משמע שהשיתוף היה במעות מדכתב הרב דלדעת הרמב"ם דהוא נר פלוגתיה דר' ישעיה לא מצי להזור בנ"ד והא לדעת הרמב"ם ז"ל היכא דליכא מעות לא מתקיים השיתו' דהוי דשב"ל וכן משמע מריהטא דלישנא דשיתו' במעות היה ואפ"ה כתב הרב דמצי לחזור ולומר קי"ל אף דהיה בקנין סודר משום דפועל כו'

איברא שדברי הרב להר"ת מוכין הן ממ"ש הוא עצמו בסי' פ"א דלא קי"ל כהריב"ש דאף בקנין מצי להזור יע"ש גם מדברי הר' נחמן המוחל סי' הנו' דנדון דידיה היה בשיתוף מעות וכתב דהמוחזק יכול לומר קי"ל כר' ישעיה אם לא היכא דאיכא שבועה גם מת' הר' בני אברהם סי' ע"ה מש"כן מדלא בא הר' מלד דשב"ל וכת' דהשבועה היא הגומרת

נמצינו למדין דאף דאיכא שיתו' במעות וק"ש מצי להזור בו ולנמר תלתא קי"ל ואין לתמוה על הר' הכנה"ג דלכאורה סותר דידיה אדידיה ממ"ש בהגו' דאף בקנין מצי להזור אם לא היכא דאיכא שבועה ונדון הרב שיתו' במעו' היה דאיכ' למימר דע"כ לא אמרה הר' ז"ל דהיכא דהשיתו' היה במעות ובקנין סודר לא מצי להזור אפי' לדעת הריב"ש היינו דגם שהוא מוחזק בממון לא מצי לעכובינהו ולמימ' קי"ל דשו"ה ממונו נשתעבד אבל מודה ובא הרב הכנה"ג דאין גופו משועבד ומחוייב להתעסק בעם השותפו' אלא מניח ממונו ביד שותפו ומתעסק בו חבירו וזה"נ דאם מכא מניחה או דנס' וכהן בממון אחר הריות לעצמו וא"כ בהגו' הנז' דנדון דידיה היה נושא ונותן מממון אחר שלו ועסק בעסק אחר כתב הר' ז"ל דמצי למימר קי"ל כהריב"ש אף דהיה בקנין

והרך אגב ראיתי להרב הכנה"ג שם הגב"ט אות א"י שכתב משם מהרש"ך ומהר"ש הלוי דאף לדעת הרמב"ם דלא מהני שיתו' לדשב"ל אם נשתתפו במעות שעיקרו הוא דבר שבא לעולם אפי' אם התנו גם על דשב"ל כגון מציאה וכיוצא מהני יע"ש והנהנו הרואים דאין זה מוסכם לא מן הראשו' ולא מן האחרונים ז"ל והוא מלשון הר' בעל העיטו' דכ"ו והבי' דבריו מרן ז"ל וז"ל והיכי' שהעילו לכיס זה מנה וזה מנה והתנו ביניהם עד זמן פ' בין במציא' בין בכל דבר איכ' פלוגתא בינו רבוותא איכא מ"ד דלא מהני אלא לדשב"ל וכגון מציאה יע"ש וכן מצי' הגהות אשירי בשם א"ז וז"ל ושטר שותפות שכתוב בו בין בממון זה ובין בממון אחר ואפי' מציאה כו' ע"ז

לא"ו הנאי הוא דאין אדם מקנה דשב"ל הרי בפי' דאף כששיאו' הוי במזומנין עכ"ז לא מהני תנאי למציאה דהוי דשב"ל וא"כ כיון דמלינו דתאן דקזי בשיטת הרמב"ם דלא מהני שיאו' לדשב"ל ה"נ נמי דלא מהני אף לתנאי דדשב"ל מינה נמי איכא למימ' לדעת הרמב"ם ואין הכרח כלל מלשון הרמב"ם שהבי' מהרש"ך גם מדברי שאחרונים מפורש יוצא' שלא כדעת מהרש"ך ומהר"ש הלוי ז"ל הנה מהר"י באסן בתשו' סימן ס"א כ"כ בפירוש דלא מהני תנאי למציאה אף דאיכ' מיגו ומדברי הרמב"ם אין הכרח גם מדברי מהר"ם שאיטיאאשק בס' שארית יהודה דס"א מוכח כן שלא כדעת מהרש"ך דנדון הר' היה שיאו' במעות והתנה גם יעל דשב"ל והשיב הרב דלא מהני לדעת הרמב"ם ומתשו' מהרשד"ם מוכח נמי הכי דנדון הרב היה שיאו' במעות וכתב דמלי המוחז' לומר קי"ל כהרמב"ם והרואה יראה דעל נדונו שקיל וטרי הרב דמלי המוחזק לומר קי"ל כהרמב"ם ומה שכתבו מהר"ש הלוי והרב כנה"ג למתשו' מהרשד"ם דסימן קס"א וסי' קע"א משמע כדעת מהרש"ך אין ראיה ע"ש טוב ראיתי למהר"ש הסון סימן כ"ן דחלק על מהרש"ך מלשון הרב בעל העיטור שכתבנו למעלה וע' להרב דב"ת ח"מ סי' נ"ז ונ"ח ובדברי מהר"י ן' ריי הובאו דבריו שם סי' קט"ו שחלקו על מהרש"ך יע"ש ומעת' אתה תראה שדברי מורינו הרב ז"ל מהר"א פאלומבו בס' יד המלך הל' שותפין הם תמוהים יע"ש (א"ה בפ"ד הלכה ב' ד"ה עוד כתב)

וראיתי ליישב וליתן טייך לזה והוא דלדע' הרמב"ם ודעימיה דאין שיאו מועיל לדשב"ל אי מהאי טעמא נמי אי יכולין לחזור אף למה שכבר הרויחו הנה ראיתי להרב ש"ך שם סימן קע"ו ס"ק ה' דפשיטא ליה כן דיכולין לחזור אף למה שכבר הרויחו וכן מוכח מדברי מהר"ם טאיטאצאק שם דלא איינו לנתבע לדעת הרמב"ם אלא מטע' היוב אף דנ"ד היתה התביעה למה שכבר הרויחו וכמהרש"ך סימן קנ"ו משמע כשיטה ליה כן בדעת הרמב"ם וכן יש להוכיח מדברי הרב בעל העיטור דכ"ו שהביא במחלו' אי מהניא שיאו' למציאה כו' וכתב משם הר' החסיד לטעמא דמ"ד דמהני היינו משום דנעשה שכירו דכל המציאות של בע"ה יע"ש נמצ' דבמחלוקת הוי אף למה שכבר הרויחו וראיתי למהרשד"ם סימן קס"א שכתב וז"ל ומן הנראה דבמה שכבר הרויחו לית דין ולית דיין שחייב השות' לחלוק כו' יע"ש מוכח לכאורה היפך מ"ש וכן מצאתי להרב הכנה"ג שם בהגהות הטור אות א' שהבין כן בפשיטו' בדעת הרשד"ם דלכ"ע למה שהרויחו כבר חולקים יע"ש ולי נראה דכונת מהרשד"ם הוא למ"ש שם סמוך ונר' דרוב הפוס' קמאי ובתראי כו' ובתשו' זו ס"ל דלא נאמר קי"ל יע' ןייין להרב הכנה"ג הגב"י אות ל"ד וכן נר' שהוא מוכרח דלא קיימי דברי הרב אלא להחולקי' על הרמב"ם דהא כלל להר"ן והגהות הביא דבריהם שם שלא כדעת הרמב"ם אף שהר"ן והגהות לא נקטו אלא דהוי כמוצל מלי למימר לעלמי הרואתי ועיין להרב דרכי נועם ח"מ סי' ל"ו שכתב בפשי' דאף לדעת הרמב"ם למה שכבר הרויחו חולקין ובסי' זו הלך הר' ג"ור ח"מ כלל ג' סי' ו' דלא מלי השות' לומר קי"ל כמהריק"ש יע"ש וכפי מ"ש אין הדין עמו וכן מצאתי להרב ד"מ סי' הנז' שחלק על הרב ג"ור ז"ל

איך שיהיה הדין לקמייתא דכברכתבנו דלקיו' והעמדת השות' אף דנעשה בק"ס ל"מ מידי אלא א"כ נשבעו והשבו' היא הגומרת אלא דלכאורה איכא לאסתפוקי היכא דכתבו בשטר השות' כנהוג בינינו ושעבד גופו לדעת הראב"ד והכל נעשה בק"ס כו' כיון דמהני האי דכתבינן בשטרא לדעת הראב"ד לקיום השותפות אפי' לדשב"ל ומשעבד בהכי כיון שזה מקבל דקיומו של שותפו' הלזו יהיה לדע' הראב"ד א"כ מהאי טעמ' נמי לא מלי לחזור ולומר קי"ל כר' ישעיה ודעימיה דהא הראב"ד בשיטת הרמב"ם קאי וס"ל להראב"ד דשותפות לזמן בק"ס לא מלי לחזור בו אוך ומנו היפך דעת ר' ישעיה ודעימיה כמ"ש הטור ומהריק"ו וכמה מן האחרונים ז"ל וא"כ זה שקיבל שקיומו של השותפות הלזו יהיה לדעת הראב"ד ז"ל א"כ מינה דאי אפשר לחזור בגו זמניה ואף דליכא שבועה או אפשר דאיכא למימר דהא לא מכרעא אלא יקבל עליו בפירוש דלא מלי לחזור בגו זמניה דדילמ' אין כוונתו של זה אלא לשעבד גופו אפי' לדשב"ל כשיטתו של הראב"ד שלא כדעת הרמב"ם דס"ל דלא מהני ואינו תופס קנין וא"כ למה שכבר הרויחו אינו נותן לו וכמ"ש למעלה והכי משמע מדברי הרב בני אברהם ז"ל שכתבנו למעל' ומסתמא האי לישנא דידן דכתבינן בשטר השות' שעבד גופו כו' בזמנו נמי הכי הוא נהוג ועכ"ז כת' דהשבועה היא הגומרת וכ"כ הרב נאמן שמואל דדוקא השבועה היא קיום והעמדת השות' יע"ש ואיברא דאיכ' למדחי והדבר צריך תלמוד כעת

שור לאחר זמן להרב פאת נגב ח"מ סימן ל"א אף דנדון הרב היה ששעבד עצמו וגופו בקנין כתב דהשבועה הוא קיום השותפות יע"ש וכן מצאתי להרב בני אברהם ח"מ סימן מ"ג שכתב כאשר נהוג בינינו דכתבינן בשטרא ששעבד עצמו וגופו לדעת הראב"ד יע"ש ואחר מופלג קבלתי מרבני דורינו הע"א דאין קיום להשותפות כי היכי דלא ליהוי בחורה אם לא בקשר השבועה ובלעדה איתיה בחורה האמנם היכי דכתוב בשטר השותפות דלקיום השות' קבל ס' הפוסק כאשר הונהג מנהג זה מזה ימים כמו חמשעשרה שנה דייני עירינו הע"א דלא מלו לחזור בגו זמניה אף דליכא לתא דשבועה ואנן בי דינא הכי דיינינן ואוגיין דעלמא הכי אזלי' פי המדבר הצעיר

אליעזר

די טולידו

ס"ט

סי'כל

סימן כד

מי שהוא מוחזק בדבר מה וכו' הפקידו המוחז' עצמו אותו דבר ביד אחר ויש ס' בדין מי זוכה לא אמרי' כיון שר' היה מוחזק והנפקד מידו ורשותו של ראובן קבלו א"כ נאמר ר' המפקיד הוא המוחזק אלא מוקמינן הנכסים בחזקת מ"ק כך נראה ללמוד לכאורה מתשו' מהרימ"ט ח"א סי' ק"א שאחר שכתב ואף זו אפשר שלא כוונה לתפוס ולהחזיק בתורת מזונותיה כו' כתב ועוד נראה שאשה זו שיש לה כפלים כו' וכיון דפלוג' דרבוותא היא מסתמא לא מפקי' ממונא ויהבינן לה ע"כ ומשמע דבא להוסיף הרב בטעמא בתרא דאפי' נאמר דאשה זו כוונה לתפוס וידעה דיני תפיסה מ"מ כיון שהדין הוא מחלוקת אי מהניא ליותר כתובתה לא מפקינן מיד הנפקד כיון דהשתא הנכסים הם ביד שליש מוקמי' לנכסי בחזקת יתמי אף דמעיקרא כבר תפס' והחזיקה כיון דהשתא לא קיימי בידה לא דיינינן לה כדין מוחזק דכיון דפסקא פסקא

ואין לומר דכונת הרב מהרימ"ט היא כההיא דכתב הוא ז"ל בח"מ סימן ח' על מחלוק' מהר"ש והר"ן דאם תפסה האשה אי מפקינן וכתב דאפשר דמודיאין דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק ויעויין שם סימן יו"ד שכ' דרובא דרבוותא ס"ל דתפיסה לאחר שנולד הס' לא מהני יע"ש ובסי' נ"ב ובח"א סי' ע"ב וקנ"א וקנ"ב רימוז הרב כנ"הג הל' תפיסה הגב"י אות כ"ו דהא ליתא דהא שם בח"א סי' פ"ו פסק הרב ז"ל בדין זה שאלמנה שתפסה ככר של זהב לא מפקינן מינה וכן פסק שם סי' ק"ה דלא מפקינן יע"ש והראיתי דברי אלו לפני מו"ה הגאון דב' אליהו נר"ו הלא הוא אמר לי דהרב פ"מ ח"ב סי' ס' פסק בכהאי היפך מזה וזיכה לאשה שתפס' ושוב הפקידה הנכסים ביד שליש יע"ש וכבר רימוזה מהרי"ך בכתביו

וראיתי להרב פ"מ שלא זכר שר תשו' הרב מהרימ"ט הללו ואמר ע"כ נר' לי דיש לומר דכונת מהרימ"ט הוא להוסי' בטעמ' בתרא דבר מחודש והוא דכיון שאלמנה הלזו שתפסה יותר מכתובתה הוי מחלוקת בין החכמים אי מהניא תפיס' יותר מכדי כתובתה או לא אמרינן דילמא סברא ועלתה בדעתה סברתייהו דמאן דס"ל דלא מהניא תפיסה על יותר מכדי כתובתה כיון דהשתא הנכסי' הם ביד שליש אמרינן מסתמא לא כוונה לתפוס והנו שסיים הר' דכיון דפלוג' היא מסתמ' לא מפקי' ממונא ויהבינן לה וחיבת מסתמא מדוייק לפי זה וכלל דבריו של מהרימ"ט בתשו' הלזו הוא דכל שהו' לאוקומי ממונא בחזקת מ"ק דילמא חזקתיה אמרינן הו דלא ידעה האי דינא דהריב"ש ז"ל דבעינן הולאה' מרשות לרשות כיון דהנכסים אינן בידה או דאף דידעה האי דינא דצריך הוצאה כו' שמא כיון דאיכ' פלוגתא דרבוותא ז"ל אי יכולה לתפוס יותר על כתובתה אין כאן הוכחה ובירור שאלמנה הלזו כונה לתפוס ביותר על כדי כתובתה דילמא עלתה על דעתה הלכה הפוסקים דס"ל דלא מהניא כיון שאין הדין ברור ודוגמא לזו כבר מלינו שכן מהרש"ם ז"ל על מי שמכר פחות מכן ך' והחזיק הלוקח אחר ך' שני חזקה דלא מצי הלוקח לטעון חזרתי ולקחתי ממך אח"ך אפי' למ"ד דאם שלמו ימי המשכונא מוקמינן בידיה דמחזיק דהתם שאני דאיכא טעמא רבה כיון דשלמו ימי המשכונה אמאי לא מחיתה אבל הכא דילמא סבור הא שמכר הראשון מכר גמו' הוא דלאו כ"ע דינא גמירי דמכר פחות מך' המכר בטל וכיון דקרקע בחזקת מ"ק קאי דלא שייך תפיסה אמרינן דילמא סבר לה דהוי מכר יע"ש סימן ..׳ ויעויין למהריב"ל ח"א סי' ל"ב דמוכח מינה דכל שהו' לאוקומי ממונ' בחזקת מ"ק ואיכא סברה אחת שבאות' סברה חלקו עליה אמרינן לא כ"ע דינא גמירי שכת' שם וז"ל אבל בנ"ד דאיכא סברת ר"ת ז"ל שסובר שחולקים כו' ובכי הא לאו כ"ע ד"ג מ"מ על הלוקי' כו' לא סמכינן להוציא ממון יע"ש משמע דאם היה קרקע כההיא דאפוטרופוס והיה מ"ד דיכול למכור בלתי רשות ב"ד הוה מוקמינן הקרקע בחזקת היורשי' נמצא לפי מ"ש דאף מהרימ"ט מודה ובא דתופס שוכב בדבר אחד ושוב הפקידו ברשות אחרים לא אזלא ליה חזקתו הראשונה אלא כל היכא דאיתיה ברשותיה איתיה וכן מצאתי ראיתי להאחד גדול מדבר הובאו דבריו בתשו' מהרח"ש ח"ג סימן ס"א שכת' דזה פשוט כיון שזאת התופסת היא עצמ' הפקיד' הנכסים ביד מי שהוא הרי היא כאילו הנכסי' ברשות' והסכימו עמו שם מהרח"ש בפי' דלא שנא איתי' ברשות' ולא שנא איתיה ברשות אחרים שהפקידה האשה יע"ש וכיון דהלכת אריותא מהרח"ש. והר' פ"מ והרב משה די מאיו דכולהו פשיטא להו האי דינ' צריכין אנו למשכוני נפשין בתשו' מהרימ"ט ז"ל וכמ"ש למעל'

וראיתי להרב מהרימ"ט ז"ל ח"מ סימן י' שכתב על דברי המ"כ שהביא מרן ז"ל שנראה משם דירושת היורש לא חשיבא תפיסה דההיא דמ"כ איירי כשמופקדין ביד אחרים שאין היתומים מוחזקים בהם מהניא להו תפיסת אמם יע"ש ולדברי הרב ז"ל שובלים ב' פירושים האופן הראשון הוא שהיתומים אחר מיתת אמם הפקידו הנכסים ועכשיו בשעת תביעת הב"ח אינן ברשותן ותחת ידם וכיון דירושתה משום תפיסה אתינן עלה א"כ כיון דהשתא מיהא אינן תחת ידם אזלא להו כח התפיסה ואם כפי פירוש זה אזלא לן מ"ש למעלה בשביל תשו' דסימן ק"א והאופן הב' הוא דאה"נ דאם בשעת מית' אמם היו הנכסים ביד' ושוב הפקידו' ודאי כמוחם או כחם עתה ולא היינו צריכים מטעם תפיסת אמם אלא הכוונה דבחיים היותה הפקידה אמם הנכסים וכשמתה לא היו הנכסים בידה דאי משום תפיסתם ליכ' דלא תפסו כלום משום דמופקדי' ביד אחרים ומשום שהיתה אמם מוחזקת שפיר מהני' כיון שהב"ח לא היה יכול להוציא הנכסים מידה כיון שהיא תפוסה אף שהפקידה הנכסים ברשות אחרים תפוסה מקרייא ונמצא דאיכא לפרושי בדברי הרב מהרימ"ט ב' פירושים הפכיים אלא דהסברא נותנת לכוונתו כפי פירוש הב' ואחד מיחידי הישיב' מבחורי חמד הראה לי תשו' אחת למהר"י אלפאנדארי ז"ל הובאו דבריו בתשו' הר' פ"מ ח"ג סימן ס' דכת'

וגתן

ונמן הר׳ ז״ל בהאי דינא ומפשט פשיטא ליה להרב שם בכוונת מהרימ״ט ז״ל כפי פי׳ השני עיין עליו ועי׳ בס׳ בני חיי א״ה סי׳ ל״ג מ״ש ע״ד מהרימ״ט ז״ל ועי׳ להרב בני דוד ה״ל איבות את זה כתבתי אני

הצעיר **אליעזר די טולידו**

סימן כ״ה

שאלה שטר שותפות הכתוב בנוסח זה: נשתתפו והיו לאחדים כו׳ ר׳ לד אחד וארבעה אנשים פ׳ ופ׳ פו׳ וארבעתם יחד לד א׳ בעסק סרסרות ושירות בית השוחרים פ׳ ופ׳ ובפי׳ אחמר שהמתעסקים בשירות סרסרות הנז׳ הם הארבע׳ דוקא ואין על ר׳ שום חיוב לבא ולהתעסק כו׳ ושיעבדו ארבעתם יחד גופם לדעת הראב״ד לר׳ כו׳ ונתחייבו לד המתעסקי׳ להשתדל כו׳ וכל ריוח כו׳ חייבים המתעסקים הנז׳ לחלוק עם ר׳ באופן זה דהיינו שך מה יטלו המתעסקים הנז׳ לחלוק ביניהם ושך מה חייבים לתת לשותפם ר׳ כו׳ וקבלו עליהם המתעסקי׳ סברת הפוסק המקיים שטר שות׳ הלז ואפי׳ שיהיה נגד כל הפוסקים וקנינו מידם כו׳ ונשבעו ש״ח כו׳ לקיום השותפות הלז וש׳ההנהג׳ האמור׳ לעיל כו׳ ואם באולי אין הקנין מועיל לקיום השותפות הנז׳ נתחייבו מכח השבועה לבדה לבל יוכלו לטעון קנין אין כאן כו׳ ובריר כו׳ ע״כ ועתה חוב׳ ראובן כל חלקו ממאי דנוגע לו משמעון יען דאין ידששל השאר מגעת ליטול מידם זכותו ושמעון משיב לו דאין לו שום זכו׳ לפרוע ממנו אלא דוקא כדי חלקו ושאלו להם את דבר המשפט

תשובה לפום ריהטא נראה דשפיר כבי׳ מלא׳ ידו של ראובן לגבות כל חלקו מש׳ לבדו דהוו כשנים שלוו דנעשו ערבאין ז״לו וכמ״ש מרן סימן ע״ן ואין לבדד ולומר דלא ניחן ליאמר האי דינא דשנים שלוו אלא דוקא בלקחו מקח אחד או שלוו כאחד דהתם בודק לומר דנעשה ערב על חלק חבירו מאחר דהמוכר והמלוה לא הוציא הממון מתחת ידו אם לא בהלמדם יחד ר״וש אמטו״ל איכא למימר דהשתעבודי אשתעבוד כל אחד על חלק חבירו ברם בגוונא דנ״ד דר׳ השותף מבחוץ לא הוציא שום דבר מתחת ידו ע״כ השותפים הסרסורי׳ משבני׳ כי אם קשר והשואה לקיום קשר השות׳ לענין ריוח הנמשך בפתח השוחרי׳ ואין לך בו אלא הידושו ואפושי פלוגתא לא מפשינן בין ר׳ אפרים ז״ל דס״ל דלית הלכתא כהירוש׳ אלא כתלמודא דידן דב׳ שלוו איכן נעשין אהדדי ערבאין והביא דבריו הרא״ש פ׳ שבועת הפקדון ובין הראשונים דהא לא מכרעה דהא מרן בש״ע שם סי׳ ס׳ ס״ג כתב וז״ל ב׳ שנתחייבו לזון לאחד דינו כדין שנים שלוו יע״ש והנה הנם ה׳ הריטב״א שהביא מרן ב״י בס מחודש א׳ יע״ש הרי מפורש יוצא דלא ניתן ליאמר האי חילוקא גם הרב כמ״ז ה״ב סימן י״ב דכ״ד ע״ב כתב וז״ל ותו דודאי אין חילוק בין שנים שלוו לשנים שנתחייבו וכמ״ש הריטב״א והבי׳ דבריו הרב ב״י יע״ש הרי בהדיא דפשיטא ליה מדכתב בלשון ודאי כאמור גם מת׳ הרב ת״ח סימן קס״ו מתברר כן דלא מחלקי׳ האי חילוקא דהא נדון הרב היה היה דנתחייבו הגבירים לאחד וכתב דתליא בפלוגתא בב׳ שלוו אי ערבאין או קבלנין ולא נהית הרב לעלו׳ על דל שפתיו ולאסוקי אדעתיה בהאי חילוקא שכתבנו

ועוד נראה דהא נ״ד הוי שכירות חזקתו שיש לו לר׳ בפתח השוחרים דהשכיר להם זכות הזקתו שהיה שמי בידיה של ר׳ לבא לשרת בפתח השוחרים וליטול כל חלקו במשלם כנהוג אלא דמשתל׳ ר׳ והקנה להם לארבעה אנשים הללו ע״י קשר השות׳ בסך מה קלוב למזה כדי שלא יבא ר׳ וישרת בפתח השוחרים אלא הם לבדם להם ניתנה הארץ וא״כ אין לך שכירות גדול מזה והיינו דינא ב׳ שלקחו מקח אחד ועדיף טפי כמובן

באופן דלפום מאי דכתיבנא לכאורה דינא הוא דשמיה בידיה של ר׳ לגבות כל זכותו מתחת יד ש׳ והיה אפ׳ לבדד ולמימר ולספק בזכות ש׳ והוא דמצי שמעון לבא בטענה ולמימר קי״ל כר׳ אפרים והסמ״ג ז״ל הביא דבריו הרב ב״ח ריש סי׳ ע״ז וז״ל ודלא כר׳ אפרים כו׳ והסמ״ג סי׳ ל״ד וקע״ט דנר׳ מדבריו דלהכמים כו׳ אלמא דס״ל דאינן אהראין והלכה כהכמים כו׳ יע״ש וכן ראיתי במכתב למהר״י הרב תנא דבי אליהו שכתב על דברי הב״ח שהביא משם מהרש״ל סימן קכ״ט סע״ף דשטר שכתב בו בב׳ שלוו וכתבו ערבים כיון דמכל הדין חייבים ודאי לעפויי קא אתי למהייבינהו עלייהו בדין קבלנות דאין זה הכרח כיון דר׳ אפרים והסמ״ג קיימי בשי׳ אחת וס״ל דב׳ שלוו כאחד אינן אהראין כו׳ וכ״מ דיכו׳ המוחזק לומר קי״ל א״כ נמצא דלאו לעפויי קא אתו מאחר דאיכא למימר דמכל הדין אינם מחוייבי׳ לום הוצרכו לחייב את עצמם ולעולם ערבים דוקא ולא קבלנים עכ״ל באופן דפשיט ליה להרב ז״ל דמצי המוחזק לו׳ קי״ל ויעויין להרב כרם שלמה ח״מ סי׳ י״ב וסי׳ כ״ג וזכור לאברהם הנ״ת ח״מ אות ע״ין ערך ערב ויעויין במ״ש בזכרונותי אות חיוב ומעתה לכאורה איכא למימ׳ דידו אומות של ש׳ שלא לפרוע אלא כדי חלקו דוקא אלא דאיכא למישדי נרגא בזה דמאחר דבשטר המובא קמן כתוב דנשבעו הסרסורים כו׳ א״כ אודא ליה טענת קי״ל דהא דשבועתה רביע עלייהו וכמעשי׳ בכל יום ואם כנים הדברים בזה שכתבנו איכא לעפויי ולמימר דדין קבלן יש לש׳ ושמי בידיה של ר׳ לגבות כל חלקו במשלם מיניה דש׳ הגם דידם משג׳ של השותפים לתת כל אחד ואחד חלקו כיון דלא מצי ש׳ למימר קי״ל באיזה אופן שיהיה וכ״כ הרב הכנ״הג בתשו׳ ה״ה סימן מ״ט על מחלוקת זה ופסק דמכח חומר השבועה כל אפייא שוין שכל שהחכם המלמד דורש מאתו חלקו וחלק חבירו יפרענו תכף ומיד שלא יעבור על שבועתו כו׳ יע״ש

אלא דכפי זה איכא לאתמוהי לפום ריהטא על תשו׳ הרב כאת נגב ח״מ סי׳ י״ב שנשאל

שנשאל על ר"וש כו' שלהיות דבא סוחר א' חדש לעיר שיצטדל ישככר כו' שיקח להם לסרסורים לשר' בביתו ונתחייבו לתת לו יו"ד לק' מהסרסרות בקנין ושבועה המורה כו' והן עתה תובע יששכר מר' כל חלקו כו' והשיב הרב ז"ל וז"ל באופן שדעת רוב הפוס' דאינו יכול לגבות מאחד על הכל אלא א"כ אין לב' לשלם ובנ"ד נמי יש לשאר השות' לשלם אינו יכול לגבות מר' הכל יע"ש ואתאי הרב ז"ל לא העלה על שפתיו חומר השבועה הנז' בשאלה ואין לצדד ולומר דהרב בשיטת רבו הרב בני אברהם ח"מ סי' ט"ו קאי שכתב וז"ל אבל בב' שותפים שמת אחד ברוב מנין ורוב בנין ס"ל דנתבטל השותפות הגם דמהר"ם ז"ל חולק והגם שיהיו פוסקי' אחרים עמו אזלינן לקולא כיון דאיכא רוב הפוס' דס"ל הפך סברתם לא יהא חמור מאיסו' הלב שאמרה תורה אחרי רבים להטות וכבר רימז לנו הרב כנ"הג דס' מהר"ם היא יחידא' ואין לומר קי"ל כוותיה ע"כ

הרי לכאורה דנקיט בלישניה דאזלי' לקולא גם' בשבועה היכא דאיכא רוב' והתורה אמרה אחרי רבים דומה ממש לאיסור הלב דהואכרת ואזלינן לקולא היכא דאיכא רוב מתירים וה"נ פשי' ליה להרב תלמידו כיון דרוב הפוס' ס"ל דדינערג יש לו דוקא לא משגחינן בחומר השבועה דהא ליתא דהא הרב פ"נ עלמו בסי' ל"ד נשאל ע"ז והשיב וז"ל כיון דרוב הפוס' קמאי ובתראי סוברים כיון דמת אחד מהשות' נתפרדה והחולקים הם מיעוט' דמיעוט' כו' אין לחוש לס' שבועה יע"ש הנה מריהטא דהאי לישנא משמע מטעם דהוי מיעוטא דמיעוטא הא אי הוה מיעוט עם רוב הוה חייש' להחמיר ומאי דסיים הר' וכיון שכן אפי' במקום שבועה אין לחוש דבתר רובא אזלי' כו' הכונה היינו רובא כה"ג ואפ' דוהו כונת רבו מאי דסיים וכבר רימז לנו הכנ"הג דסברת מהר"ם היא ס' יחידאה ואין לומר ק"ל עכ"ל וע' להרב בני אברהם ח"מ סי' נ"א פאת נגב ח"מ סי' נ"ח ודוק

ועוד דלו יהיה דפשיט לי' להר' פאת נגב ז"ל דאין לחוש לשבועה היכא דאיכא רובא הא היכא ספיקא אחריתי סברת הרב מהרי"קו ז"ל והמבי"ט ומהרימ"ט ז"ל דהף לדעת הפוס' דלא הוי קבלן מ"מ בשותפים מודו דהוו קבלנים וכמ"ש שם הרב פאת נגב בסי' י"ב והגם דמכינו חולקים על שב' מ"מ הא איכא ס"ס וכבר כתב שכנ"הג ז"ל שם בתשו' דרבים קיימי גם' מהרי"קו ז"ל יע"ש •

באופן מאחר דאיכא בנ"ד חומר השבוע' שפיר ידו אוחזות של ר' לגבות כל חלקו מיניה דש' אלא דאיכא לצדודי בהאי לישנא המוצג בשאלה וזה נוסחו ונשבעו ש"ח ע"ד המב"ה כו' לקיום השות' הלז לכל הימים כו' דמשפט האי לישנא תורה דכונתם של חומר שבועתם אינו אלא מטעם דרלו השות' דיהיה קיום והעמדת לשות' הנז' דכל זמנם שקבלו ביניהם וכמאמרם לכל הימים כו' אבל לא סנקו בדעתם ומחשבותם דחומר השבוע' היה תהיה אף על חיובם דנתחייבו לתת לר' הסך שקבלו לו דלא נגע ולא פגע הקפד' אמיץ והזק שנתקשרו ביניהם אלא על עיקר השות' וא"כ אם באנו לידי מידה זאת למחלוקתם של הראשונים הנז"ל ומצי ר' לומר קי"ל ואינו פורע אלא חלקו מאחר דלא בא הלשון הנהוג בסופרי דוקני דידן דכתבי ועל הכל קנינו ונשבעו כו' דהאי לישנא קורא בגרון דכוונתם לחומר השבו' באה ונהיתה על כל מאי דכתוב בשטרא דנא מרישי' לסיפיה

האמנם ראיתי להרב ידיו של משה הנ"מ דנשאל בח"מ סי' ט"ו על שטרא דנא שאנובי דינא נשאלנו וכמו ששמעתי באומרים לי דהאי דינא המוצג קמן הוא ניהו דנשאל הרב ז"ל דהשטר כתוב ש' התקש"ד ובעבור זמן מה בא ר' לתבוע חלקו מהסרסורים ארבעתם יחד ועתה אחר עבור עידן ועידנין בא כדבר בפנינו ב"ד ותובע יור' ר' כל מה שניגע לו מש' דומה בדומה ממש הנדון שנשאל הר' ז"ל והשיב הרב ז"ל דאינה טענה כל דייקינן לישנא דשטרא כו' משמע דבאו לומר דשניהם ר"וש הם כגוף אחד לגבי לוי כו' וכ"מ אם אכל כל חלקו אחד מהם ואין לו לפרוע חייב האחר להשלים ללוי כל חלקו משלם דהו"ל כל אחד לגבי לוי כאלו נוטל כל שאר הריוח והו"ל כב' שלוו מאחד דאפי' בסת' נעשו ערבים ז"לו וכמ"ש מרן כו' ולוי תובע כל חלקו מש' עכ"ל

באופן דלכפי מאי דאסברא לן מורינו הרב בהאי נדון הבא בשאלה לא נשאר שום ספק מאחר דכבר נפתח בגדולי רבני עירינו יע"א ותי יבא אחריהם ז"ל וא"כ שמי בידיה של ב"כ של ר' לגבות כל חלקו מש' אלא דיש לדקדק על הרב ז"ל דאוצרך לבא בדרך דיוקים דאי לא הוה מפקינן אלא דוקא כדי חלקו והלא כפי מה שפסק מרן בש"ע סי' ס' והיא תשו' הריטב"א דב' המתחייבים לזון כו' דינייהו כב' שלוו וכאשר כתבנו לעיל אם לא צריכינן לשני דיוקי ואם תאמר להעמים בדברי הרב דכבר קדמה ליה ידיעה דכבר חלקו ר' אפריסובסמ"ג ואיכא למפטריה לש' בדגל הקי"ל אם לא מחמת דדייקינן לישנא דשטרא וכאמור א"כ הדמיון והסיוע שהביא הרב מפסקו של מרן ז"ל בש"ע סי' ע"ז אינו מדוייק אם לא שנאמר דדברי הרב ז"ל הנה הנם במדריגות וכמובן ברם לדידי הזי לי מאחר דבשטרא דנא כתוב דקבלו עליהם השותפים המתעסקים ס' הפוסק כו' והכל יהא נידון לזכות וכח ר' ונ"ך ולעולם ידו ויד ב"כ על העליונה א"כ תו ליכא לאסתפוקי וכמעשי' בכל יום דדייני עירינו הכי הנלע"ד כתבתי

הצעיר **אליעזר די טולידו**

אמר המגיה פסק זה הוא מהאחד המיוחד מר ניהו החה"ש הדיין המפורסם ועצום רב הונ"ד יוסף אלפאנדארי סיני ועוקר הרים נר"ו יצ"ו כי"ר חד מדייני עוב"י קושטא יע"א

סימן כו

שאלה ר' בעודו בחיים נשתוה עם שמעון ומכר לו ש' מהחצי מכל זכות מוחזקי החנות מעסק איואג'יליק הידוע לו וכתב לו שטר מכירה עשוי כתה"ל והוש"ר בחר"ש מנ"ד רנה העיי"א ובכלל המכירה הנז' מכר והקנה לו גם מחצית מכל כלי הפ'וסאטים הידועים לרגל המלאכ' מעסק ההוא איואג'ליק ובו בפ' נשתתפו ג"כ ר"וש הנז' בעסק הנז' ע"כ זמן היותם בחיים בה"ג עליהם ונמשכו השות' הנז' ביניהם שהיו שניהם גם יחד עומדים שותפים ומתעסקים בעסק הנז' ובחנות הנז' כל ימי היותו בחיים ר' הנז' ויהי מאז בפ' העדר ר' הנז' לב"ע השאיר אחריו יתום קטן ואלמנתו בשעבול כתוב' ומזונו על נכסי בעלה הנז' ויען היתו' והאלמנה לא היה להם ע"מ שיסמוכו על המהיה ועל הכלכלה ובפרט כי הזקן יעקב אבי ראובן נז' היה בחיים בו בפרק הנה סמכו היתום והאלמנה הנז' על שולחנו של הזקן נז' מפיתו יאכלו ומכוסו ישתו וגם בפרק נהלך הזקן נז' לא"י תוב"ב הנה הוליך עמו לנכדו הנז' והיה שם סמוך אצלו עד יום מותו שם בירה"ק תוב"ב והן כהיום הזה שנא והגיע היתום הנז' לעירו הנה אף כי הגיע לכלל גדלו' בשנים הנה הוכיח סופו ביותו אחד מהפתאי' אשר לא ידע כלל בעסקי ועניינו העולם וכקטן שנולד דמי עד שהוכרחו מעלת ב"ד הצדק למנות אפוטרו' עליו כאשר מן הראוי ובמאי דבעיני אחר העדרו של ראובן הנז' נשאר שמעון הנז' הוא לבדו משתמש בעסק הנז' בחנות הנז' וזה שנים בנפטר גם שמעון הנז' לבע' ונשאר בנו אחריו משתמש בכל החנות הנז' וזה זמן שהשכיר על ידו החנות הנז' כלה לאחרים והנה בעתה הקריבו את משפטן האפוטרו' היתום בן ראובן הנז' עם בנו של ש' הנז' שהאפוטרו' הנז' קא תבעי הן על החנות נז' שימסור להם כל הנוגע לחלק היתום הנז' מפירות החנות נז' מיום העדר ראובן הנז' עד הלום וגם כי רוצים להשכיר חלק היתום נז' מכאן ואילך לאחרים והן על השותפות הנז' קא תבעי שימסור בידם חלקם מהפ'וסאטים הנז' וגם שכום הקרן של ראובן שהוציא לצורך השותפות הלזו ככתוב בשטר השותפות וגם הריוח הנמשך מאז ועד הלום וכנגדם בנו של שמעון טוען שכיון שעברו שנים רבות שהחזיק אביו שמעון בכל החנות הנז' וגם הוא אחריו כאמור ואין פוצה פה וגם הזקן אבי ראובן לא ערער בדבר הנה עלת' לו חזקה וטוענין ליורש כי אפשר שאביו שמעון קנאה בחנות הנז' וגם ע"ד הלק השות' הנז' טען כי מי ימר שאביו ש' לא מסר הלק היתום הנז' מהשות' הלזו קרן וריוח ואפוטרו' טוענים לגבי חלק החנות כי חזקתו הלזו מנן שויא יעןדבחיי ראובן לא החזי' ש' אפי' יום אחד כי כבר מילתא אמורה דהי' ראו' בחנות עד יום מותו ועוד שהם שותפים ואין מחזיקי' זה לזה כיון דאין בחנות הנז' דין חלוקה כידוע ולגבי חלק השותפות טענו דכיון דהשות' שלא היה לזמן מוגבל ע"כ ימי היותם בחיים כנו"ל א"כ ה"ל כאלוה תיך ומנה דלא הייבי לפרעון ומוציאין אפי' מהיתומים כידוע גם לגבי חלק הפ'וסאטים דהנם בעין והידועים שהם מנכסי השות' לודאי שאינו יכול בנו של שמעון הנז' להחזיק בהם וע"כ אלין דהוו' גללו הדברי ריבות ושאול ישאלו להיכן הדין נוטה

תשובה הנה לענין חלק החנות הנז' נראה דהאפוטרו' דינא קא בעו דכיון דבעודו בחיים ראובן לא החזיק בו ש' אפי' יום א' כמ"ש בשאלה ונמצא דהתחלת חזקתו היה בעודו קטן הנה אף אם עכשיו שהגיע לכלל גדלות לא היה א' מהפתאים כמו שבא בשאלה אלא חרי' ופקח ונכון לחם הנה באנו למחלוקת הראשונים ז"ל דלדעת רש"י בפ' המפקיד דט"ל וכן לדעת הי"מ והראב"ד והרשב"א והרמב"ן שהביא ה"ה פי"ד דטוען וכן הוא דעת הנמק"י שם בשם הר"ן וכן היא ס' אמ"ד שהבי' הר"י אלברצלוני הביאו הטור סימן קמ"ט דכל דתחילת חזקתו היה בעודו קטן אף שהחזיק שלש שנים אחר שהגדיל אין חזקתו חזקה וכתב הריב"ש סימן שע"א שלזה הסכימ' דעת האחרונים ז"ל וכן פסק מור"ם סי' ע' וכתב הרב ש"ך שם ס"ק טי"ו שכן הוא עיקר בש"ס פ' המפקיד יע"ש וכן הוא דעת מהרש"ט בס' ש"י ודעת מהר"ש אלשקאר סי' י"א ברם דעת הרמב"ם שם ורבו מהר"י ן' מיגאש שהביא ה"ה שם ומרן בסי' קמ"ט סי"ט דאם החזיק שלש שנים אחר שהגדי' הוי חזקה נמצא דרבו כמו רבו ס' האומרים דלא הוי חזק' כ"ש בנ"ד דהיתום הנז' הוי עדיין פחות מבן ך' שנה ובאנו לס' מהרימ"ט ה"מ סימן כ"א דלא חשיב הגדיל כיון דאינו יכול למכור בנכסי אביו פחות מבן ך' שנה כ"ש וק"ו בנ"ד דהיתום הנז' הוא אטום בדעתו וכקטן שנולד דמי ונמצא דכל חזקתו של שמעון ובנו הנז' עד הלום היה בעודו קטן

הן אמת דאסבאנו לדון בנ"ד מהסיא דאין מחזיקין בנכסי קטנים לראות כיון דהיתו' נז' היה סמוך אצל מר זקנו דה"ל יתומים שסמכו אצל בעה"ב לדינו כאפוטרו' לכל דבר וכמו שפסק מרן בסי' ר"ל סכ"ד וכיון דשמעון זה החזיק בפני מר זקנו הנז' שני חזקה א"כ באנו לסברת אמ"ד שהביא הר"י אלברצלוני הביאו הטור סימן קמ"ט סכ"ח דס"ל דחזקה בפני אפוט' מהני כיון דהוא רשאי לעשות כל צורכי היתו' ולמכור בתים ושדות כו' וכן היא דעת הר' בעה"ט"ז וכמ"ש מהריב"ל ה"א סימן ע"ז הן אמת דהר"י אלברצלוני שם פליג על אותה סברה דאמ"ד הנז' וס"ל דאין חזקה מועילה בפני אפוט' וכן דעת הטור שהוהרשב"א בתשו' ח"א סימן תרמ"ב וכן דעת מור"ם בהגה שם וכיון דהוא מחלוקת אוקי' ארעא בחזקת היתומים וכמ"ש מהריב"ל ז"ל שם

אמנם בכגון דא צ"ע לדינא מי הוא הנקרא מוחזק' אי אמרי' מאריה קמא הוא המוחזק או מאן דקאי השתא בנויה דכבר ידוע ס' רשב"ם בפ' חזקת דל"ב ע"ב דבכל ספיקא דדינא מאן דקאי השתא

הבאה הוא המוחזק ומטעם זה הוא דפסק הש"ס שם כוותיה דרבה באורעא וכוותיה דרב יוסף בזוזי משום דאורעא היכא דקיימא איקום כו' ואף שהרב פמ"א בח"ב סימן ל"ו כתב דש' יהודאה היא מ"מ בח"א סי' כ"ו כתב דהכי ס"ל להרשב"א ז"ל והריטב"א ומהר"ש יעו"ש ועי' להרב המגיה במש"ל פ"ו משכירות ה' ב'

וראיתי בתשו' מהרימ"ט ז"ל ח"מ סי' כ"ח דהביא משם הרי"הג מהרה"ש ז"ל דהמחזיק הוא המוחזק והוא ז"ל חלק עליו וירד לחלק בין היכא דאית ליה מגו להמחזיק להיכא דלית ליה ע"ש והרוא' יראה דלכאורה צ"ע דברי מהרימ"ט ז"ל במה שחילק על הרב מהרה"ש מדברי התוס' דבתרא שם דהרואה בדברי התוס' שם ד"ה הלכתא כוותיה דרבה כו' יראה דבתחילה הביאו פרשב"ם דפי' דטעמ' משום דמספקי"ל הלכתא כמאן וכתבו עליו דצריך לדחוק ולחלק בין ספיקא דדינא לספיקא דתרי ותרי כי היכי דלא תקשה מההיא דבר שטיא כו' ואחר כך חלקו על פרשב"ם והביאו פר"י דטעמא משו' דאמרי' מיגו לאוקומי ממונ' כו' ע"ש מבו' מדבריהם דמעיקרא הוי טעמא דבספיקא דדינא מוקמינן ליה בחזקת המוחזק אף דלית ליה מיגו דאם נאמר דאף מעיקרא לפרשב"ם הוי מטעם מיגו והנפקות' דיש בין פר"י לפרשב"ם הוא אי אמרי' דקם דינא דלפר"י אמרינן דקם דינא וזכה בקרקע מטעם מיגו ואף אם אחר כך הוציאו המערער להמחזיק מקרקעו בכח זרועו מוצי' אותה מידו כיון דכבר קם דינא מעיקרא לא כן לפרשב"ם דהוי מטעם ספק אם אח"ך הוציאו המערע' להמחזיק מקרקעו אין מוציאין מידו ולעולם אף לפי' רשב"ם הוי מטעם מיגו הנה אם תאמר כן מאי מקשו מעיקרא מההיא דבר שטיא והוצרכו לחלק בין ס' דתרי ותרי לספיקא דדינא אעיקרא אין כאן קושיא מההיא דבר שטיא דהתם אין הלוקח בא להחזיק בהאי ארעא כי אם בהאי שטרא שבידו וע"ו באו תו"ת ולא הוי"ל שום מיגו לא כן בההיא ארעא דרבה דהוי"ל ללוקח מיגו אלא ודאי דלפרשב"ם לא אתי עלה מטעם מיגו כלל , וצריך לומר דכונת הרב הוא דלדברי ר"י אין ראיה להקרא מוחזק להמחזיק מיהו אף הוא ז"ל יודה דלפרשב"ם חזר הדין כדברי מהרה"ש דהמחזיק נקרא מוחזק

עוד שכן מפורש בדברי הרב מהרימ"ט גופיה בח"מ סימן ע"ב דלא כתב הרב לחלק כן בין היכא דאית ליה מיגו להיכא דלית ליה מיגו כי אם לפר"י ולא לפרשב"ם עש"ב והרואה יראה בדברי הרב שם דכי היכי דלא תקשה ליה לרשב"ם וכן להרשב"א ז"ל דקאי בשיטתיה מההיא דבר שטיא ירד לחלק בין היכא דהמחזיק נקיט שטרא בידיה וכההיא דגאין ולאיש ליה דקודם דלאיש הוה השטר בידו קייפוהו זוכה בקרקעו מכח שטרא אלא דאח' דלאיש ליה מספקל"ן במיגו דידיה ומש"ה לא אתי הספק דאית לן במיגו ומוציא מיד ודאי חזק' שהי"ל בכח שטרו לא כן בההיא דבר שטיא כו' וני"מ להיכ' דאין להמחזיק שטר בידו כ"א שבא לזכות בקרקע מטעם חזקה ובחזקה גופא מספקל"ן אזי אמרינן אוקי ארעא בחמ"ק וכמו שם בדברי הרב מהרימ"ט באורך

וכלדברי הרב מהרימ"ט הנז' מפורש בעליות דרבינו יונה ז"ל שהביא הרב בגלא"ל שם פ' חזקת וז"ל וי"ל דרבה ס"ל אע"ג דודאי לא אמרינן מיגו לאפוקי ממונא שאני הכא מיגו כיון שכבר קדם וטענינן זבינתיה והא שטרא וכבר בטענתו הרי הוחזק הקרק' בידו וכי הדר אודי דהאי שטר זייפא הוא לאו מיגו לאפוקי ממונא הוא אלא לאוקומי ורב יוסף ס"ל כו' ופסק רב אידי כוותיה דרבה באורעא כיון דבשעה שטוען הוחזק הקרקע בידו כו' יעו"ש וכן מבואר ג"כ בדברי , הרשב"א שם במ"ש ע"ד הרמב"ן ע"ש מבוא' מדבריו דהיכ' דנקיט שטרא בידיה כיון דבשע' שהוציא השטר בב"ד ומלי לקיומי לשטרא בה שעתא הוחזק בקרקע אלא שאה"ך עקימת שפתיו הכנים לנו לבית הס' אמרינן דאין מוציאין מיד המוחזק לא כן כשהחזקה היא מסופקת כגון חלון על החרבה וכיוצ' דבה שעתא דטוען טענת חזקה בב"ד נכנסין ב"ד לבית הספק כיון דהוי פלוגתא דרבוותא אי מהני חזקתו אולא א"כ לא הוי"ל אלות כלל להקרא מוחזק אפי' שעה אחת כו' והוצרכתי להאריך ולבאר דברי מהרימ"ט ז"ל משום דראיתי להרב פמ"א ח"א סי' כ"ו דס"ו ע"ד שאחר שהביא דברי מהרימ"ט ז"ל במ"ש בסו' דבריו כתב עליו ושותיה דמר לא ילפינא דהא לפי דבריו של לוקח ע"י שטר כשר המועמדה בידו להביא זכותא אלא שיש ס' אי מהימן עפ"י חוקתו דומה להביא דרב' דעי' שטר כשר המועמדה בידו אלא שיש ס' אי מהימן עי' מיגו זה ומה לי מיגו מסופק ומה לי חזקה מסופקת כו' יעו"ש ואחר המחיל' רבה אדרבה דבריו שגגו מני דהרואה יראה דלדברי הרי' מהרימ"ט ז"ל מבוארי' ככל הנז"ל דשאני היכ' דהחזק' מסופקת דלא הוי"ל שעת הכושר להקרא מוחז' בקרקעו כלל לא כן היכא דנקיט שטרא דהיה לו הלו' להקרי' מוחזק אלא דאה"ך נפל לנו הספק והיא דהרשב"א ג"כ דמוקי לה הרב מהרימ"ט בדנקיט שטרא הוי הכי דעם היות דבחלון על החרבה איכא מ"ד דלא מהני ליה שטרא היינו מטעם דיכול להיות בו דשבו' היה דיכול לסגול כו' שאמנם עד שעת חורה כבר הוחזק בקרקעו לא כן היכא דהחזיק שני חזקה ובא בטענת שטר אבל לא הראה שטרו בפני ב"ד ונפל לנו הספק בחזקתו דאיכא מאן דס"ל דאין ראיה מחזקתו א"כ נמצא דלא הוי"ל כלל שעת הכושר להקרא מוחזק וכנז"ל ואין צורך להאריך

ואף שיהיה לפי דברי מהרימ"ט לא כתבו רשב"ם והרשב"א דמאן דקאי בקרק' הוא המוחזק כ"א היכא דנקיט שטרא בידיה לא היכא דהחזקה היא מסופקת שהיא בפלוג' דרבוות' וכאמור ומ"מ שאר האחרוני' נראה דלא ס"ל כן והדרן למ"ש שאר האחרונים דהיכא דיש מחלוקת בתפיסה אזלינן בתר רובא דרבוותא וז"ש הכרם שלמה בתשו' סי' ל"ו , ויש לראות אי אזלינן בתר רובא בעיקר הדין או בתר רובא בעיקר התפיסה עיין להרב פאת נגד סימן מ"ו , ואל תשיבני מדברי הרב המגיה בס' מש"ל הנז"ל שכתב דאף להחולקים על רשב"ם ה"ד היכא דהמוחזק בקרקע אין לו חזקת ג' שנים לא נקיט' דהמוחזק שלשה שנים לכ"ע מודו דהוי ניהו המוחזק דהרואה יראה דהיינו דוקא היכא דהחזק'

דההזקה מבורר' לב"ד כגון דהחזיק בעודו גדול אלא דהמערער בא לבטל חזקתו באו' דנכנס לשדה כשהיה הוא קטן דלא ידע למחו' דלאו הוי חזקתו חזקה להקר' מוחזק לא כן כשיש לנו ס' בעיקר החזקה כגון שהיא פלוגתא דרבוותא או כגון דטוען המערער דכל חזקתו היה כשהוא קטן או ודאי דבאנו למחלוקת ר"י ורשב"ס וכמו המתבאר כל זה מדברי מהרימ"ט בח"מ סימן כ"ח יע"ש

מיהו הכרעת אחרוני' דאמרי' שב ואל ת' וכמ"ש בס' עוללות הכרם ה"ד בלה"ש סו' קונט' חזק' הבתי' יע"ש ול"מ היכא דהוא תורפא אלא אף היכ' דמושכר ע"י ואוכל פירותיו הוי מוחז' וכמ"ש הר' ד"מ ח"בע סי' מ"א הובא בול"א באו' קי"ל יע"ש ולפו דבריו יוצא דבנ"ד אף שהוא מושכר ביד אחר ואינו מבתמש בן ש' הנז' בחנו' הנז' מ"מ כיון שמושכ' מכחו ביד אחר השיב מוחזק בן ש' הנ"ל

מיהו כל זה הוא אם היה הדין מוסכם דאפוט' בכעין נ"ד דהיינו שסמכו היתומים הללו הוה עדיף כחו למכור דאז ודאי דטוענין ליורש דקאי השתא בגויה שקנאה אביו מאפוט' כנז' שסמך היתום אללו אמנם אעיקר' בדין יתומי' שסמכו הא איכא ס' הרמ"ה שהביא הטור ז"ל בסי' ר"ץ דס"ל דאף בקטנים ט' שנים אין לו רשות למכור כי אם במטל' אבל מקרקעי לא ועי' בתשו' הריב"ש סי' תנ"ה שכת' ע"ד הרמ"ה הללו שהע"פ שיש יתי שלא חילק בזה דברים נכונים הם בטעמם ורואה אני אותם יע"ש ולע"ד כן דעת הר"י אלברצלוני שהביא הטור בסי' קמ"ט מדלא נקט כ"א הב' תלוקות דהיינו מינוהו אבי יתומים או מינוהו ב"ד לענין שיהיה רשאי למכור בתים ושדות כו' יע"ש ועיין למהרש"ך ח"ב סימן כ"א שכן דינא בנ"ד כס' הרמ"ה והריב"ש הנז' יע"ש גם מהריב"ל ח"א סי' ע"א הור בו מלוכות להקונה הבזא מחמת סב' הריב"ש הלזו יע"ש גם בה"ד סי' ל"א הביא ס' הרמ"ה ז"ל הנז' ומ"ש עליו הריב"ש בתשו' הנז"ל וכת' בסו"ד וז"ל וכבר כתבנו דסברת הרמ"ה הלזו היא מוסכמת ואת הוי מאן גברא רבה קא מסהיד עליה ע"ש ועי' להחבי"ב סי' ר"ץ הג"הט אות קס"ב ויש להסתפק אם מכר האב קרקע של בנו הסמוך על שלחנו אי אהנו מעשיו וכו' דכיון שהדין הוא דכמו שיכולין ב"ד למנות אפוט' ולמכור כו' אפי' קרקע כך יש לו רשות לאב למנות וכמו שכת' הרא"ש כלל כ"ו סי' א' וכלל נ"ה סימן ב' וא"כ הא ודאי דיכול למכור וכחו יפה ועדיין יש להסתפק באבי אביו של קטן אי עדיף כהו כמו האב גופיה וכבר בא הדבר מפורש בתשו' מהר"ם מפאדווה סי' מ"ד הובא בס' כנ"הג סי' ר"ץ הג"הט אות ס' דאבי המת אינו יכול למנות אפוטרו' ע"ש

ומאחר פלו' כל הנו"ל דאיכא כמה מרבוותא דאפוט' שסמכו יתומים אללו לא עדיף כחו למכור קרקע וכנו"ל וא"כ הא ודאי דכיון דמכירת קרקע ע"י אפוט' צריך רשות ב"ד א"כ ודאי דלב"ד טוענין לא חיישי' דנתנו לו רשות נגד סברת הרמ"ה וסייעתיה וכנ"ל וא"כ הא ודאי דאין טוענין ליורש דקנאה אביו מאפוטרו' ונטל רשות מב"ד על לא הודע שלכן דהא חשיב מילתא דלי"ש כלל דלא טעני' ליתמי נגיד ה וכת"נו התוס' פ' חזקת דמ"ו בסוגי'

דבן בנו של גזלן יע"ש ‧ ומה גם כי אעיקרא איכא טעמא אחרינא בנ"ד דכיון דשותפין אין מחזיקין זה על זה א"ו ודאי דחזקתו הלזו מגן שויא כיון דאין בחנות הלזו דין חלוקה וכמ"ש הטור והש"ע סי' קמ"ט דאף לבני השותפים אין להם חזקה זה ע"ז ולא דמי לבן אומן ואחרים וכמ"ש בתשו' מעשה חייא סימן ב'

איברא דמהרימ"ט ח"מ סי' כ"ו כתב דהיכא דהשותף השכיר כל הבתים על ידו ולקח כל השכרות לעצמו עלתה לו חזקה דחשיב כיש בה דין חלוקה כיון שהיו יכולין לחלוק המעות כו' יע"ש ובנ"ד נמי הרי השכיר בן ש' המולק'י הנז' לאחרים ולקח כל השכירות לעצמו הא נמי לא אהניא לן כיון דלא היה כל זה כ"א אחר העדר ה זקן מר זקנו של היתום ונמצא דלא היתה הזקתו הלזו אפי' בפני אפוטרו' שסמכו היתומי' אללו

באופן דע"פ כל האמור נמצא דלא עלתה לו הך חזקה לא לשמעון הנז"ל בעודו בחייפולא לבנו אחריו כלל בחלק היתום כלל והדרא הרעא דהיינו המחצית החנות הנז' למאריה דהיינו היתום ולגבי מה שטוענים האפוט' הנז"ל שימסור בידם כל הנוגע לחלק היתום הנז' מפירות החנות הנז' עד הלום כנז' בשאלה הנה לגבי מה שש' גופיה או בנו מבתמש בחנות הנז' בכולא הא ודאי דאינן יכולין לפרוע ממנו שכירות בעד מה שנשתמש בחלק היתום הנז' דיכול שמעון לפטור עצמו ולומר בשלי אני דר וכמ"ש הרשב"א ז"ל בתשו' סימן תתק"ט הביאה מרן סימן קע"א מהודש ג' ‧ והגם שהרב ב"ד ז"ל ה"מ סימן נ"ה ירד לחלק בין חצר לחנות יע"ש הנה הרב דב"ת סימן ת' עמד על דבריו יע"ש

ברם לגבי חלק היתום הנז' מהשכירות שנטל בן שמעון מאחרים הא ודאי דחייב לתת להשחלקםבמשלםדדינא הכי הוא דהדרא ארעא והדרא פירי דהכי מתבאר מסוגיא דבתרא דג"ל ע"ב ודל"ד ע"א ‧ ומפרשב"ס שם דכל דלית לן עדות על אכילת פירות כי אם על פיו אנו חיים נאמן על הפירו' לו' דדידיה אכל ונשבע היסת ברם כל היכא דלאו מפיו אנו חיים שכבר יש עדים על אכילת הפירות אלא דלא מהני ליה חזקתו או כגון שהעדות מוכחשת או שאין עדים מעידים כי אם על חרתי שנים וכן אי לא אהני חזקתו כגוונא דנ"ד דאין מחזיקין שותפין זה על זה הא ודאי דמוציאין הפירות מידו דכיון דהדרא ארעא הדרא נמי פירי וכן מתבאר מדברי הטור והש"ע סימן קמ"ה ע"ש ואם כן נמצא דבנ"ד חייב בן שמעון למסור ולהשלים ביד האפוטרו' חלק היתום מכל מה שנטל מהשכירות עד הלום וכנז"ל

ומעתה אבא לבאר מאי דקא תבעי האפוט' בחלק השות' שימסור בידם בן ש' הנז' הן חלקם מהקרן והריוח כפי חלקם כיון שהעדר ר' היה תוך זמן השות' והן חלקם מהפוסא' כיון שהם ידועים מוכות השות' וכמפו' בשטרי ראיות שבידם הנה לזה אמינא דלגבי תביעת חלקם מקרן וריוח יש מקום עיון בזה דהנה לכאו' היה נרא' דהאפוטרו' הנז' דינא קא בעו כיון שהעדר ר' היה תוך זמנו וקי"ל דמלוה

למלוה שהוא חוזרומנה עדי' כתב דגבי אפי' מהיורשי' ואף דלגבי יתומים קטנים איכא מהלוקת יעויין במרן הב"י סי' ק"ח מ"ת לגבי יתומים גדולים נר' דהוא מוסכם וזה היה נראה לכאורה

אמנם אחר החיפוש ראיתי להרב מהריב"ל בח"א סי' נ"ו שכתב וז"ל וגדולה מזו היה נראה לכאורה לו' דאפי' שיש שטר בותפות ביד ר' עדיין יכולה האשה או הב"ח לומר שמא נתפרדה השבילה ונהלק השות' וכדאמרי' פ' המוכר את הבית המפקיד להבירו בשטר אע"ג שהוירו נעדים דנאמן במיגו דנאנסו ומש"ה שטר כיס היוצא על היתומים נשבע וגובה מהלה כו' ופלגא דפקדון טענינן ליורשי' אף דמלי טעין אנוזון שהורתיף לך במגו דנאנסו והאי טעמא שייך נמי בשות' ועוד היה אפשר לו' דאפי' היה השות' לזמן ומת ר' קודם השלום הזמן טענינן ליתמי דילמא נהלק השות' דהוקה דאין אדם פורע תוך זמנו מלינו מהוש דהלואי דיפרע בזמנו הבל להוק השו' תוך הזמן הוא דבר מצוי כי האדם הוא מלא קטטות ואין אדם דר עם נהש כו' איברא דכך היה נרא' לכאורה אבל מתוך דברי הרא"ש ז"ל שכתב באומם תשובה דאין שכק מוליא מידי ודאי והביא ראיה לדבריו מפ' הגוזל בתרא יראה שהוא סבור היכך מוה ונ"ע ליישב דבריו דלא היקשי ליה מהביא דשטר כיס כו' ויש בידי ישוב נכון כו' יעש"ב

באופן דהרב מהריב"ל ירד להלק בין מלוה לשות' דהנם דבמלוה תוך זמנה אמרינן אין אדם פורע תוך זמנו לגבי שות' באדם מלא קטטות אמרי' כי הסבר נהיק השו' אף תוך זמנו וטוענים ליורשים שמא נהלק השות' תוך זמנו אלא דמהריב"ל ז"ל הקשה הדיליה מדברי הרא"ש ז"ל נחמו' וכנרא' דהזר בו מכר השו' הרא"ש וכמ"ש הרב הכנה"ג ה"מ כי קו"יהות ה' ומתקנתו דאינו יכול הב"ה או האלמנ' לומר שמא נתפרד' השני' וכ"ש אם השו' היה לזמן ומת הלוה תוך זמן עיין שם •

והנה הרב כנה"ג שם כי היכי דלא תיקשי להרא"ש הביא סוגי' דשטר כיס היוצא על היתומים כו' וכן הקש' עליו הרב מהריב"ל שם יצא לידון ולהלק הכנה"ג שם בב' הילוקים אחר מתוכם מורת הדין נוהן דלגבי יורשי הלוה כל דלא ברירא להו שהיה שות' נאניהם עם אהרים כי אם על פי דברי השטר ומה גם דב"ד טוענין ליורשים וטענ'ב"ד היא טענה ברי א"כ יכולין היורשים לטעון עלמם בטענ' שמא נתפרדה השבילה וכל ההילוקי' הללו ניתן ליכתב כי היכי דלא תקשה להרא"ש מסוגיא סוגיא דשטר כיס היוצא על היתומים כו יעש"ב

ואחר נשיקת כפות רגליהם של הרב מהריב"ל והכנה"ג שם נלע"ד דסגיא טובה נכון הרא"ש מההיא סוגיא דשטר כיס כו' דהרוא' יר' דברי הרא"ש נהשו' כלל כ"ט סי' ד' יר' דנדונו שם היה על עסקי רינה שנפל בין אלמנה ר' ואלמנת ש' מההמת השות' שהיה בין בעליהם ומבואר מדבריו שם דאלמנ' ראובן היה היתה המהציקת נעודם בהייס בנכסי השו' השו' וכל ראכו כל ש' מהשו' השו' היתה מודה אלמנת ר' שנא והגיע לידה ורשות' שכבר נתחייבה להשלימם ביד שמ' בפרק הפירור כי מיד' ינקה אלא דהיתה רוצה לפטור עצמה באמר' כי אף' שבעלה נחן להם חלקו מהשו' ממקום אחר ומנכסים אחרים וע"ז כתב הרא"ש יר' לי כיון שהיא מודה בכל השות' וכאשר משמע מתוך דבריה שטענ' עד הנה שכל הממון שנמלא תחת ידיה היה בשות' של בעלה ושל שמעון ועתה היא באה להרזיק בטענת ש' שטוענת שמא בעלה נתן לה כל הלקה לא הוכל להחזיק בו בטענת ש' והיינו כי ההיא דתנן בפ' הגוזל בתרא האומר להבירו גזלתיך הלויתני הפקדת אצלי ואיני יודע אם החזרתי לך חייב לשלם דכיון שחבירו תובעו בבריא שגזל או שלוה והוא מסופק אם החזיר לאו מיפטר בטענת שמא כו' עכ"ל הרא"ש נמצ' דדברי הרא"ש שם נאמרו' אינם אלא בכה"ג דאלמנת ראובן היתה מודה שבאו לידה נכסי השות' ושכי' נתחייבה נגד אלא שהיה לה ש' שמא בעלה פרע מנכסים אחרים א"כ הו"ל ברייא בהיונא וש' בחזרה לא כן בסוגיא דשטר כיס כו' שבעל העסקא לא מסר העסק' ליתומים ולא נתחייבו הם לו כי אם שטוען שהי"ל עסקא ביד אביהם והיתומים לא ברירא להו אם נכנס דמי העסקא הנז' לרשותם בכלל עזבון אביהם או לא כי אין העסק בעין או מידי דאתיה מהמתי' וכמ"ש הנ"י שם בשם הריטב"א ז"ל וז"ל ופירוש שטר כיס היוצא על היתומים דאין העסק בעין או מידי דאתי מהמתיה שאילו היה קיים הא ודאי גובה בלא שבועה ודאי' מהיתומים קטנים שאפי' אביהם לא היה יכול לטעון הזרתי ולקחתי ממנו עכ"ל וא"כ נמצ' דלא קשיא ליה להרא"ש כלל מההיא דשטר כיס כו' וכאמור וכה ראיתי להרב הכנה"ג שם בסי' ק"ז הגהט"ו ס"ק יו"ד שכתב משם הרב משפט צדק ז"ל אפילו לדעת הרא"ש שאם מודה בשותפות אינו יכול לטעון שמא נתפרדה השבילה היינו דוקא כשהודה שהנכסים שהם בשותפות אבל במודה שהי"ל שות' אבל אינו מודה שהנכסים הללו היו בשותפות יכול לטעון שמא נתפרדה השבילה כו' ע"ש והרי זה ראי' לדברינו הנ"ל ודוק

ואף שהרב הכנה"ג שם כתב עליו וז"ל אמר המחבר' אמת שחילוק זה נכון אבל מהשטר' דשטר כיס היוצא על היתומים נראה דאפי' במודי' שהם שותפים בממון זה פטרינן ליה כו' יעו"ש הנה הרואה יראה דמדברי הריטב"א שהביא הנ"י כנז' אדרבה יש ראיה לדברי הרב מ"ל שהרי כתב דההיא דשטר כיס מיירי שאין העסק בעין או מידי דאתי מהמתיה ונמצא דאין היתומים מודים שממון הנשאר להם מעזבון אביהם הוא מהשות' כי אפשר שהחזיר אביהם הלק הפקדון לבעל העסקא כו' יעו"ש ודנו"ל

ואף שיהיה לפי דברי הרב הכנה"ג שהביא ה' בב' החלוקים וגם לדברי הרב משפט צדק שם תורה יוצאה דלגבי יורשי השות' המתים ובפרט היכא דאין מודים שהנכסים הללו היו בשותפו' או ודאי דמצו היורשים לפטור עצמם בטענת שמא נתפרדה השבילה ומהריב"ל ז"ל הוסיף לומר דאפילו תוך זמן השות' אמרינן שמא נתפרדה השבילה ולא

דמי

דמי למלוה וכאמור גם ואף שלגבי הב"ח אינו יכול לומר במה נתפרדה החבילה שכבר הוי בו הרב מהרי"ט ז"ל מהביא תשו' הרא"ש מ"מ לגבי יורשי המתעסק אהני"א להו האי טענה כיון דמה שטענינן להו הוי טענה בריא וכמ"ש הרב הכנה"ג שם נחי' הב' ע"ש וכן לגבי המתעסק גופיה בעודו בחיים יכול לטעון דנתפרדה החבילה אף שבא תוך הזמן וכמו שכ"כ הרב החבי"ב בשמו בסי' ע"ה הגהב"י אות ז' והגב"י אות ג' ע"ש

הן אמת כי לע"ד דין זה שכתב הרב הכנה"ג לפי דברי מהרי"ט ז"ל דלגבי שותפות אמרינן נתפרדה החבילה אף שבא תוך זמנו ומכ"ש השות' ויורשיו לפטור עצמם בטענה זו הנה לע"ד לא יצא מדברי הב"י שם בשוני' דבטר ביה לו' מוכח בהפך דהרי כתב שם וז"ל וביתומי' גדולי' איירי הכא דאילו קטנים אין נזקקין לנכסי אלא דמית אבוהון גו ומניה וחזי דלא השמיעה הוי גובה הכל כו' עכ"ל הרי דלדברי הב"י אף שבטר ביה תוך זמנו הוי גובה הכל אף הכלוא דפקדון ולא היו טוענין להם ג"ל במה הניחה כזר הפקדון כו' מאחר דבוא תוך זמנו כנו' ונמצא דדין השות' הוי כמו דין מלוה דאמרינן היקה אין הדר כורע תוך זמנו כו"ר דברי הרב הכנה"ג בסימן ע"ח הגב"י אות ג' שכתב לחלק דלא אמרה מהרי"ט ז"ל כ"א לגבי שותפות דכיון דיש לו קרן ליכא חזקה דלא פרע אינים גו ומניה דדילמ' מהמת קטטה בשביל שיש לו קרן נזהר להתפרד ממנו אבל במתעסק שאין לו קרן אלא רק בריוח לבד הוק' דסובל כל מה שעושה לו בעל הקרן בשביל הנאת הריוח כו' ע"ש ולפי חילוק הרב הנז' ניחא דלא תקשה ליה מההיא דכתב הב"י וכנז"ל דהתם איירי בעיסקא וע' במכ"ם סימן ק"ח הגהב"י אות ג' ד' ה' עיין שם

ואיך יהיה המורם מכל האמור דבנ"ד שהי' שותפות ובאים אפוטרו' להוציא מיורשי ש' בטענת דבעדרו של ראובן היה תוך זמן השותפו' הא ודאי דמצי בן שמעון לפטור עצמו בטענת במה נתפרדה החבילה בין המת דאף יש עדים מעידים שבתחלה את הוציא ראובן הנו' היה ידו הוצאת נעסק השותפות הנו' ונושא ונותן בהנות אז ודאי לא טענינן להו במה נתפרדה החבילה אבל מ"מ עדין יש לו לבן שמעון לטעון שמא לאחר שע"ד ראובן החזיר ש' אביו חלק היתום הנו' ליד מר זקנו דהשיב אפוטרופוס דידיה כיון שסמך היתום אכיו וכנז"ל וכל זה לגבי מה שאינו ידוע ומפורסם שהוא מכורף ביניהם ברם לגבי חלקו מהכושאיי"ם שהם ידועים שהוא מנכסי השות' הא ודאי דיטול היתום הנז' חלקו והכי' מיתומים קטנים מוציאין מהם וכמ"ש הב"י משם הריטב"א וכנז"ל וכ"כ הרי"ף פ' הגוזל גבי הא דאמר רבא להכי אהדרו ליה עיסקא שלא יעשה מטלטלין אצל בניו וכ"כ הרמב"ם פ"ז מהל' שותפין והשע"ח נער י"ד וכן פסק הטור בסי' ק"ח ודין זה הוא מוסכם לכל הפוסקים ז"ל וכ"ד לגבי חלק הם ושאטיס הא ודאי דמוציאין מיד בן שמעון הנז' וזה פשוט את זה כתבתי להלכה ולא למעשה כי לענין מעשה תליא באבילי רבנני בי דינא רבה העי"א כי מפיהם אנא חורה תורת אמת כה דברי זעירא דמן חבריא מקוה רחמי האל אלהי צורי ה' נאדרי

הצעיר **יוסף אלפאנדארי** ס"ט

סימן כז

שאלה עובדא הוה בר' מאת והניח יתום קטן וגם האלמנה עם כל מטלטלי הבית והשכליות והשלכיטין לבית אביה וגם אביה ותפס חלשיט אחד בטענה שחתנו ר' היה חייב לו סך מה מלוה ע"פ וגם אפוטרו' היתום עם אבי האלמנה לב"ד ותבעו אפוטרו' היתום מאת אבי האלמנ' שימסור להם החלשיט הנו' כדי למוכרו ולהניח המעות לריוח היום כדי שתיזון האלמנה והיתום עם שאר המעות ואבי האלמנה טוען דאין לו להחזיר שום פרוטה עד שיגבה שיעור חובו וחקרנו אם היו עדים איך נפל להפליס אבי האלמנה ולא השיב דהענין ידוע ומפורסם שנפל החלשיט אבי האלמנה

הנה לפום ריהטא יש לעמוד בכל תופס ממון חבירו בטענת שיש לו תביעה וטענת עם חבירו אי ליכא רואה אי מהימנינן ליה בטענת שחזרתי הן קדם אביא תשובת הרדב"ז הדפוס ח"ז סימן ומו"ר שכתב וז"ל והוי יודע שבזה המיגו של החזרתי אני סובר שיש חילוק שאם התפיסה קודם שאירע המעשה אית ליה מיגו טוב אבל אם התפיסה היתה אחר שאירע המעשה אין זה מיגו טוב דהוי כמיגו במקום אנן סהדי כיון דיש לו דין ודברים עם ש'לא שחזיר לו עד שיברר דינו כו' יע"ש הרי דאסברא לן הרדב"ז דחזקה אלימתא היא דכל תופס ממון מרשות חבירו אשר יש לו תביעות וטענות עם בעל הממון דאינו מחזיר הממון על שיתברר דינו

איברא דמדברי הראשונים ז"ל הרא"ש והרמב"ן ושיטתייהו בההיא דנסכא דבא בטענה דשלו הוא חוטף ושכנגדו גזלו אוקמוה הסוגיא בדאיכא רואה אבל ליכא רואה מהימנינן ליה דשלו הוא במיגו דהחזרתי יע"ש משמע דהגם דעביד איניש דינא לנפשיה לתפוס משעמא דקים ליה דשלו הוא חוטף ע"ז כתיבו להו ז"ל דאיתיה באפסדות דאיכא חזקה בדבר וכן מתבאר מתשו' הריב"ש סי' שנ"ב שכתב וז"ל וא"כ בנדון שלפנינו אם בתחילת הודאת התופס אמר שהפקי' בידו היורש כוס א' ושהוא תופסו מפני שיש לו תביעה ישנה על אביו נאמן במיגו דהחזרתי כיון דליכא רואה כו' יע"ש וכן מתברר נמי מדברי הר"ן והריטב"א והריב"ש הביא דבריהם הר' בא"ז פ' הכותב בעובדא דההוא בקו"א דכתבו דלא הוה עדי תפיסה לירד ולא הוה ידעינא אי מחיים אי לאחר מיתה נאמן התופס דמחיים תפסיה בשביל חובו במיגו דהחזרתי יע"ש מוכח מדבריהם ז"ל לפום פשטן דהגם דאית ליה לתופס דין ודברים במאי דתפיס לא אמרינן לא עביד אינים

אינים להחזי׳עד שיתברר דינו ע״פ ב״ד וכ״כ הרשב״ץ
ח״ב סימן רמ״ד והרב המבי״ט ח״א סי׳ קמ״ו

ואי הוה אפשר לצדד ולומר דע״כ לא
אסברא לן הרדב״ז הכי אלא דוקא היכא
דהתפיסה היה היה מעות בעין דהכף להפיסה הרי
נתברע התופס בשיעור המעות שתפס והלוה נמי הרי
נפטר מחיובו לפי טענת התופס גרבה היכא דהתפיס׳
היתה הכף או מידי אחרינא דלפום דינא למיהדר
קאי כל כמה דלא פרעו מש״ה נאמן התופ׳ בטענת
החזרתי החפץ דתפסתי אחר דנתפרעתי מיד הלוה
ועפ״ז עלו דברי הראשוני ז״ל כפשטן אחר דהראשוני׳
הנו׳ קיימי בתופס הפך דלמיהדר קאי וביה אפשר
למסמך סברא זו שכתבתי מאוחב תשו׳ הרא״ש דהביא
הרב תומת ישרים הביא לדבריו הרב הכנה״ג סימן ל׳
הגב״י אות י״א וז״ל מי שחט׳ הפך מחבירו בשביל
שהוא חייב לו ומעכבו בידו לא מקרי גזלן ונאמן לומר
החזרתי יע״ש ואילו הרא״ש בתשו׳ כלל ע״ט סימן ה׳
על יהודה שתפס מעות מלוי בטענה שאביו חייב לו
כתב דנא מהימנינן ליה ליהודה במיגו דהחזרתי
כיון שהמר שקבלם בהובו שהיה אביהם חייב לו ולמה
יהוירם כו׳ יע״ש ובשלמא אי מחלקינן כדכתיבנ׳עלת׳
ארוכה לבני הרי תשו׳ הרא״ש ז״ל דהותה תשו׳שהבי׳
הרב תומת ישרים דקדק הרא״ש למינקט בליחני׳הפך
דהתם שייך לומר דנאמן לומר החזרתי לא כן באות׳
תשו׳ דכלל ע״ט דהיה היה דתפס מעות בעין בשיל
השיב הרא״ש למה יהזיר מאחר דכבר קבלם וכבר נפר׳
מחובו מעין תש״כ מהרימ״ט ח״א סימן ע״ב וז״ל
ובעניותי נראה כו׳ שכל שאינו תופס החפ׳ שהוא
שלו אלא דבא בטענת חוב כו׳ יע״ש הנם דהר׳ ק״ז
להיכא דהתפיסה עצמה במחלוקת היה שנוי׳ אמנם
הרב מהרימ״ע ה״נ סימן ל״ה תפס במושלם דכל שתפ׳
בשביל בעבה כדין יקים ליה בגווים שהיה חייב לו
אינו עשוי להחזיר אלא ע״פ ב״ד כדאמרינן בפר׳קמא
דבתרא גבי כותל כו׳ ומצאתי להרא״ש כו׳ ואי קשי׳
לך מההיא עובדא דבוא נקרא כו׳ וש״ך הר״ן כו׳
י״ל כו׳ דהתם לא אמר בטענת התפיסה דבחובו לקחו
אלא שהקכו והלך לו והיה יכול לטעון החזרתי דשלא
כדין היה ומיהו בתוס׳ כו׳ ולא אתו לטענת החזרתי
אלמא לא מהימן עכ״ל הנה מתברר מדברי הר׳ ז״ל
דהך סברה דלא עביד אינים להזור מה שתפס נאמר׳
בין בתופס מעות ובין בתופס חפץ מדקשיא ליה
מההיא עובדא דבקרא כמו שיעו״ש

וכשאני לעצמי יש לדון בראיות הרב ז״ל
הזכונה במה שהביא ראיה משהי׳
דפ״ק דבתרא דלעולם אימא לך דאיכא למימ׳דעבי׳
אינים לאהדורי מאי דתפים דאימור עיין בהשבונו
וראה דכבר נתפרע מאו ומקדם והחזיר מידי דנטל
דתלוי בדידיה לא כן בההיא דכותל דאינו תלוי
בדידיה דאינים לדון מכח סברתו דמחייב אינים
לסיועי יותר מד׳ אמות דלא שייך דין הו״ר היכא
דסמך לו כותל אחר כו׳ דאפי׳ רבנן לא גמרי האי
דינא מסברא דאיככא **משמע** דהא זה נהנה וזה אינו
חסר הוא **אלא דאחר** דאגמרא לן רבי במתנ׳ בריכן

אנו לחלק וכמ״ש הראשונים שם ומעתה דוקא התם
שייך האי סברא עד דמהייבו ליה רבנן גם מה שהביא
ראיה מההיא דפ״ק דמציאה גדהיא נמי במאי דאמרן
דהתם לא שייך עיין בחשבונו דאורחיה דאינשי בוא
שלא לבא לפני בי דינא ודיינא אם לא דכבר קדמה
ליה ידיעה ברורה בטענתו ע״י הקיר׳והיפוס בפק״ו
דאינו חייב וכמו שדייק רש״י ז״ל בליפניה
דכשכנגדו הולרך לתובעו כלומר לפני ב״ד לא פ״ג
וב״ד נמי לא פסקו לו דמחייב לא קנבמילי דתפי״ג׳
דכך הורהייהו דהנ״י לתפוס שגם דלא ברור ליה
אלא בתחילת בהשקפה כדי שיהיה מוחזק בדבר גם
מה שהביא ראיה מתשו׳ הרא״ש מלבד משכתב עוד
היכא למימר אף שנאמר דאין לחלק בין תופ׳ מעות
להפך נלון הרא״ש שנא ושנא דהתם לא שייך עיין
בחשבונו והחזיר דאם החזיר למה לא החזיר לראובן
והמעון חלקם ומאחר דקים להו לראו׳ וש׳ דגברא
מהימנא הוא דעל פי דבורו לבד שאמר דאביה׳היה
חייב לו מנה תכף מסרו לו הממון ומעתה לא שייך
למימר החזרתי כל הממון אף חלקם של ראובן וש׳
דהוי טענה טובא אלא חלקו של המערער דוק׳ קאמר
ומש״ה שפיר קן הרא״ש ז״ל למה יהזירם מאח׳דקבל׳
בחוב כו׳ גם ראיית התוס׳ כו׳כבר כתבתי במקו׳ אחר
(א״ה הנה בא״ה ונביתה בסימן ל״א) דאין ראיה
מדבריהם דאימא דהתוס׳ סברי דהגוזל את חבירו
בעדים צריך להחזיר לו בעדים עיין להרב הכנה״ג
סימן ל׳ הגב״י אות י״א וכמ״ש שם במ״א

ואיך שיהיה גם הרב מהרימ״ט אסברא לן
בתופס שתא בלתי ביטוי שפתיים דתפס
בעבור חובו נאמן בטענת החזרתי ולא שנא מעות
בעין ולא׳ תופס חפץ נאמן וא״כ בנ״ד כגם דהתכסי׳
ידעו בבירור דהיה שיה באגרו ונטלו אבי האלמנ׳
מ״מ נאמנלו׳דהתגו היה חייב לו ס״מ במיגו דהחזרתי
לאפוטרו׳ ולא מבעיא בנ״ד דהיה התפיס׳ בשתא
דנאמן במיגו דהחזרתי אלא אפי׳ כתב כתפיסה
במענה פיו של התופס דבעבור חובו הוא ~~היה~~׳עכ״ז
כבר כתבנו דאפ׳ לצדד דנאמן בטענת החזרתי דעיין
בחשבונו וראה׳איך כבר נתפרע בתשלם וכאמור

וכי תימא בנ״ד למאן החזיר אי ליתמי לאו
בני חורה כמ״ש ז״ל ואי לאפוטרופוסי כבר
אסברא לן הרב מהרימ״ע ז״ל דטענת הזר׳ לאפוט׳
לא הסיב מיגו שאינו טוען ברצון להכחי׳לאפוטרו׳
דהוי טענה טובא כו׳ דזו שכחשה גדולה להכחיש
לאפוטרו׳ שמינוהו ב״ד דאי לאו דקים להו
לב״ל דגברא מהימנא הוא לא הוו מנחי ליה יע״ש
ועבר הרב הכנה״ג בכללי המיגו אות פ״ו כתב ע״ד
הרב מהרימ״ע ז״ל דכן יש לדקדק מתשו׳ הרדב״ז
ח״ז סימן קע״ו וז״ל סימן קמ״ח כפי מה שביאר
הרב הכנה״ג סימן ק״י הגב״י אות כ״ב וכבר בסימן
ס״ד הגב״י אות ט׳ כתב דמהר״ש אלשיך ז״ל פשיט
ליה דנאמן לומר החזרתי לאפוטרו׳ ומש׳ שם הרב
הכנה״ג ז״ל דאולי יש חילוק בין טוען החזרתי לאפו׳
אחד לטוען שהחזרתי לב׳ אפוטרו׳ יע״ש כלומ׳דטעמו
של מהרימ״ט לא הוי אלא בב׳ אפוטרו׳ דשייך הטע׳
דאמרו

דלומר אלו מעידים עליה דנשבע על שקר לא - כן באפוטרו' אחד הנה הרואה יראה בח"מ סי' ל"ו נקיט לישנא דיהי' ולא נקט השעה משמע דל"ש אפוטרו' אחד ול"ש אפוטרו' ב' כיון דהוי מיגו דהעוה טובא לא מהימנינן ליה

והיה נראה לדקדק לכאורה מדברי ר"יו הב"א דבריו מרן סי' ק"ח סכ"ג דאף ביתומי' קטני' דינא הוא דנאמן בטענת החזרתי שכתב וז"ל אם תפס מעות שהניח אביהם בלא עדים וטוען שאביהם היה חייב לו לא מפקי' מיניה ואינו צריך שבוע' ואפי' ביתומי' קטנים ואם תפס בעדים אם יש לו שטר אין מוציאין ממנו ואם תפס מטלטלי' והם בעין נותנין אותם ביד שליש כו' ודוקא שהוא טוען שתופסם עתה בחובו כו' עכ"ל ובודאי דמ"ש בחלוקה הראשונה דאם תפס מעות בלא עדים כו' הכונה בלא עדים וראה קאמר ויגיד עליו ריעו בחלוקה השלשית דאם תפס מטלט' והם בעין כו' כלו' דאי ראה' דאי ליכא ראה דאינן בעין נאמן בטענ' החזרתי הרי דאף ביתומים קטנים נאמן בטענת החזרתי ועיי' למהר"ש הלוי הביא לדבריו הרב הכנה"ג שם אות ל"ח כמ"ש ה"ב סימן כ"ח דסברי כך דמ"ש רבינו ירוחם והם בעין בראה קאמר ואי ליכא ראה נאמן בטענת החזרתי ועיין בתשו' הרב ח"מ סימן קמ"ח שכתב בהדי' דאפי' תפס מיתומים קטנים אם יש לו מיגו דהחזרתי נאמן יע"ש ועיין מע"ש שם אות מ"ט ובסי' פ"ב הגה"ט אות ס' ולהרב פאת נגב ח"מ סי' ב' מה שרימו בענין הנז"ל ובס' מע"ש סי' ק"ח הגב"י אות ז"ך מה שהביא בדינהנז"ל

ודע מנדון הלז בא לפני בי דינא רבה ועילאה מינן הרב המובהק מהר"ח עובדיא נחן נר"ו והיה שהיב דמפקינן מיניה דהופס התכשיט דהפם מטעמא אהדיתי והוא מאחר דתכשיט הלז הוא ממה שהכניסה האלמנה לבעל אינו בדין שהב"ח של בעלה יגבה חובו מנגדיה דאינו ממון של היתומים כדי שנאמר דבתפיסה שתפס אבי האלמנה אהנייא ליה א"ד נר"ו וכן ראיתי להרב לח"ר סי' נ"ו כנ"ל דהשיב דמפקי' מינה דתופס יע"ש

וכי תימא הרי הרב ב"ח סי' נ"ו כתב דמדברי הרי"ף והר"ן ז"ל נראה דאפי' מה שהכניסה היא יש כח לבעל למכור וממילא דב"ח גובה מהם הוץ מכליה העשוים לבלות כו' יע"ש , מתברר לכאורה דכל דבר תכשיט דאינם עושים לבלות כתכשיט דנ"ד יש לאל ידו של הב"ח לגבו' חובו מהם והביא דבריו ה"ה ידיו ש"מ בתשו' ח"מ סי' ס' דבתכשיט לדעת הרי"ף והר"ן לסברת הרב ב"ח ב"ח גובה חובו והיה נראה לומר דבנ"ד אף הרב ז"ל מודה דדברי הרב ב"ה אינן אלא בחיי הבעל ברם אחר מיתת הבעל דכבר הגיע זמנה כנ"ד אף הרב ב"ח מודה

ועפי"ז שכתבנו תשו' הר' להר"ר הנז"ל מוסכמ' לנדון הר' להר"ר היה היה אחר מיתת הבעל וכנ"ל אמנם ראיתי להרב כנה"ג בתשו' ח"ב סי' ט"ל דהביא דברי הב"ח נגד הרבלחם רב וכבר סיים הרב כנה"ג שם וז"ל ואע"פ שראיתי בס' ב"ח כו' וממילא אפי' ב"ח גובה מהם המנהג הוא להיפך ולא נהגי' כוותי' ועוד אפי' נחוש לסברתו לא נחוש אלא כשהב"ח מוחזק , אבל כשהב"ח אינו מוחזק פשיטא דדיינינן כדעת שאר הפוס' ז"ל דאין ב"ח גובה מהם יע"ש מריהט' דלישנא מוכח דהעדו' דהעיד בנו הרב כנה"ג דהמנהג הוא להיפך הכונה הוא אפי' אם תפס הב"ח מפקינן מיניה ויהבינן לה לאשה דאל"כ אלא דהמנהג הוא היכא דבאים האשה וב"ח דאין נותנין אותו לב"ח א"כ אין סתירת דינו של הרב ב"ח דאזלינן בתר דעת שאר הפוסק' דס"ל דאין כח ביד הבעל למכור ואין ב"ח גובה מהם אלא משמע דעיקר עדותו של הרב הכנה"ג הוא אפי' היכא דתפיס הב"ח נהגינן להוציאו מיד הב"ח ומאי דסיים שם הרב ז"ל ואפי' אם נחוש כו' אין הכונה דמודה ובא הרב כנה"ג ז"ל להרב ב"ח ז"ל היכא דהב"ח תפיס דלא מפקינן מיניה אלא הכונה דכל ועוד הנז' בלבדי המפרשים ז"ל הוא סותר הקודם וכנודע והכי קאמר ואפי' אין כאן מנהג לידע האי דינא מ"מ נחוש כו' אבל היכא דלא תפיס ודאי דדיינינן כדעת שאר הפוסקים ז"ל

ברם המנהג כדקאי קאי דאפי' אם תפס הב"ח מפקינן מידו ולדידי לא אמ"ה הרב ב"ח ז"ל אלא דוקא בחיי הבעל אבל לא במיתת הבעל וכנז' ומעתה בנ"ד כבר מילתא אמורה דעובדא דנא הכי הוה דמהר"ח עובדיא נחן עלתה הסכמתו להל' ולמעשה להוציאו מידו של הב"ח וכך עשה מעשה ועל פיו יקום דבר נאם

הצעיר **אליעזר די**

טולידו

ס"ט

סימן כח

שאלה ר' שנתחייב בעודו בחיים לב' בניו בניו לאה ורחל שמתו בחיי אביהם ונשארו מכל אחד בת אחת יורשות נחלתו של הזקן ונתחייב ללאה זה שנים סך ב' אלפים גרו' והפרעון הוא שנה אחת ק"מ ובפרק הליכתו לא"י ת"ו נתחייב עוד ללאה סך אלף גרוש' ולרחל סך אלף גרוש' כו' והניח ר' בכולל עירינו קוסטא יע"א סך ארבעה אלפים גרוש' לריוח היום ופרעון הסך הנז' הוא בזה האופן דהיינו הסך ב' אלפים גרוש' יפרעו בבא השמועה של ר' והפירו' של השני אלפים אחרים יתנו כולל עירינו לאשתו של ר' עד בא השמועה דמתה ג"כ האלמנה ואזי יפרעו ב' אלפים האחרים ועתה ש' ק"ץ באה השמועה דמת ר' ובאה לאה לגבות אותם ב' אלפים במוקדם ואם לא יפרעו לפי שעה יפרעו לה הריוח שהרויחו עד בא השמו' מפני שהיא מוקדמת ולשאול הגיעו אם תועיל קדימה זו .

תשובה לפום דינא נר' דהקדימו' מגן שויא דהא אסברא לן מרן הב"י סי' ק"ל מתורם נ' דמתבאר מדברי הר' בע"הת והטור דלעולם לא

לא תמלא ענין מעות אלא בענין לוה ולוה ואח״ך קנה כו׳ דכיון דאין בירור למעות מתי באו ליד הלוה מחזקינן להו כלוה ולוה דמאחר דבמטבע אין בו סימן ולא שום בירור שיוכלו העדים לו׳ אנו ראינו מעות אלו עצמן ביד הלוה וברור לנו דאלו הם כו׳ ואם אפ׳ הדבר להתברר בעדי׳ זכה הא׳ והכל לפי ראו׳ עיני הדיין וסיים מרן ז״ל מתוך זה יתבאר לך כו׳ דכל זמן דלא נתברר בעדים לא מבעיא אם קדם המאוחר לא מבקינן מיניה אלא אפי׳ לא קדם ותפס מסתמא מחזקינן להו כלוה כו׳ ויחלוקו כו׳ ושים עיניך ולבך בזה שכמה גדולים ראיתי שידעו בזה כו׳ עכ״ל ופסק כן בש״ע שם והרב כנה״ג שם הגב״י אות ח׳ רימז לן הכי דכמה וכמה גדולי אחרונים סברי הכי אבל מזרי הרב בתשו׳ כו׳ ובה״ת סימן קכ״ח כו׳ העמיד דברי הרב בסחורות ומעות אית לן חזקה דנתחלפו כמה פעמים כו׳ דאין אדם עושה מעותיו אנפרות דאם לא היה מהפך בעסקא מהיכן היה מתפרנס אינו נכלינהו וזוא זוא כו׳ ע״כ וגם מהרה״ש מסכים והולך דבמעות דיינינן דינא דיחלוקו יע״ש ועיין להרב בית אברהם שם סי׳ ק״ד דרל״ו ע״א

באופן דעלתה הסכמ׳ כולם דהיכא דהפרעון הבא לגבות ב״ח המוקדם הוא פריע׳ מעות בעין שהיו לו ללוה ואין אחד מוחזק דייני׳ דינא דיחלוקו ומעתה מאחר דבנ״ד לא נתברר מפי עדים הני זוזי דהניח הזקן לריוח היום בכולל עירנו יע״א אם היו לו מקדם קדמתה או אפשר דאחר כך שנתחייב לשתי בנות בניו בא לידו והניח בכולל עירנו יע״א וכיון דאין כאן בירור ואפי׳ דימלא בירור כל שאינו בירור גמור דיינינן דינא דחלוקה כאשר אסב׳ לן גדולי האחרונים ז״ל

אמנם ראיתי בתשו׳ הרשב״א במיוחסות סי׳ ק״ו והיא התשו׳ דרמיזא מרן סי׳ ר״ן מהודש י״ד וכתב שם בקיצור דנשאל שם על מי שרוצה לתת מתנה לאחר ממטלטלי׳ ונכסי׳ מהיו׳ ולאחר מיתה כתב שם ז״ל ואם יש שטרי חובו׳ צריך לכתוב וכל שעבודן כו׳ ודוקא שטרות דזמנן יוצא מזמן המתנה אבל זמנן יוצא אחר המתנה איכא והספוקי אם ההלואות היו מנכסי המתנה עצמן או מהנכסים שקנה אחר מכאן ואפ׳ לומר גם באלו דנעשו מן הנכסים שהיו לו כבר ומי שיאמר מנכסים אחרים שקנה לאחר מכאן עליו להביא ראיה לודאי כך הדין בכל הנכסים אשר מלאנו לו לאחר מיתה ולא ידענו אם היו לו כבר או שקנאם אח״ך וכן הסכימו הגאו׳ ז״ל ומטעם זה עכ״ל הרשב״א ז״ל

הרי מפורש יוצא דאף דאלימא מילת׳ דיורש והנן בלידן ספוקי מספקא לן אי הני שטרי הלואות שנה הנה מן המעות שהיו לו בשעת המתנה או הם ממעו׳ שהרויח הנותן אח״ך למטבע אין בו סי׳ לברר אם הם מוקדמים או הם מאוחרים עכ״ז פשיט ליה להרשב״א דמחזקינן להו דהם מוקדמים ואמרי׳ כאן נמצאו וכאן היו ודברי זה הפך ממ״ש גדולי אחרונים הר׳ מהרימ״ט שם בה״ת ובה״מ ומהרח״ש דהק׳ למרן ב״י ז״ל מתשו׳ הרשב״א הלזו דרמיזה מרן בסי׳ ר״ן דהביא סברת הגאונים והם ז״ל תירצו דהתשו׳ הלזו לא איירי אלא במטלטלים כו׳ ואמנם במעות דאינו סי׳ מודו הגאו׳ ז״ל יע״ש ודין גרמא להו דהביאה מרן שם בסי׳ ר״ן בקיצור ברם אנן בלידן דראה ראינו דברי הרשב״א בארוכה בלבונן ובקוממן ומפורש יוצא שם דגם במעו׳ שהוא מטבע דאין בו סימן דיינינן דינא דקדימה ואמרי׳ כאן נמצאו וכאן היו מקדם קדמתה וזוכה המקבל מתנה ואלים כחו להוציא מיד היורש דהאי חזקה חזקה אלימתא היא , א״כ גם בהאי דינא דהני ב״ח הראשון מוקדם והב׳ מאוחר ויש מעות בעין יהבינן להו לראשון דהוא קדים ואמרי׳ כאן נמצאו וכאן היו מקודם וגם מוכח דחולק הרשב״א עם סברת הר״ב התרומות והטור ז״ל דהא פסקו דבמעו׳ אם תפס המאוחר זוכה בהם ואין המוק׳ מצי לאפוקי מניה דאמרי׳ ליה הבא ראיה דהני מעות עצמן היו ביד הלוה בעידן ההלואה או קודם דלוה מן המאוחר מאחר דבמטבע אין בו סימן ואילו לסברת הרשב״א הנז״ל קא פסיק ותני דהמקבל מתנ׳ מוציא מן היורש דהוא מוחזק מד״ת

ואיברא דכפי זה דכתבינן דאיכא למילף מתשו׳ הרשב״א הלזו דאף במעות דאין בו סימן אמרי׳ כאן נמצאו וכאן היו א״כ קשיא מאי דרימז לן מרן ב״י שם סימן ק״ד ע״ד הר״ב התרומות והטור סוף מהודש ו׳ וכן כתבתי בסמוך בשם תשו׳ הרשב״א ע״כ הרי דהשמיענו מרן דהרשב״א פשיט ליה דבמעות דאין בו סימן אין מוציאין מיד המוחזק וכס׳ הר״ב התרו׳ והטור והרי תשו׳ הרשב״א הלזו דכתיבנא קורא בגרון בקולי קולות דאף במעות דליה בהו סימן אמרינן בפשיטות דהנה הנם הם המעות אשר היו מימי קדם ביד הלוה וכאן נמצאו וכאן היו ולא מתי דהרויח אחר המתנה וכמש״ל

אלא דהואה יראה דדברי מרן ז״ל מתוקי׳ וצריכין תלמוד אנא מלא גילוי דעת בתשו׳ הרשב״א דסבר דבמעות לא דיינינן דינ׳ דמוקדם אי מתשו׳ הרשב״א דרימז לן במהו׳ ד׳ והיא התשו׳ בסי׳ תתקי״ד דכתב הרשב״א וז״ל אבל אלו שפרעו במעות מאי דגבה כו׳ אלא א״כ יש לו עדי׳ שאותן המעות בעצמן היו מראובן כו׳ יע״ש ומינה רצה להשמיענו מרן ז״ל דהרשב״א פשיטא ליה דלא אמרי׳ כאן נמצאו וכאן היו מדהצריך עדים כדי שיזכי לוי דאי הוה פשיטא ליה להרשב״א דלא כהר׳ התרומות והטור דאף במעות דלית בהו סימן אמרינן דהני הנם המוקדמים אמאי הצריך עדים והמעיין יראה בעיניו דאי עיקר לימודו של מרן הוא מדברי הרשב״א הללו אין כאן לימוד כלל דהא הרשב״א קאי דהב״ח א׳ היה היה מלוה ע״פ דאין כאן שעבוד כלל מדינא דאורייתא על המטלטלין והמעות אשר מהאי טעמא תלם דינא הרשב״א דהמעות לאו דמיתנא הוא אלא משל יתומים עצמן ולא מנכסי אביהם ואם כלימודו של מרן ז״ל א״כ היכי כתב הרשב״א אבל אלו שפרעו במעות מאי דגבה גבה כו׳ דמוכח מינה דאילו המעו׳ הנה הנם ברשותן של היתומים דעדיין לא הגבו לש׳ הוה יהבינן ליה ללוי ואמאי הא במטבע אין בו סי׳ ולא אמרינן כאן נמצאו וכאן היו אלא מחזקינן להו כלוה

כלוה ולוה ואה"ך קנה דהל שעבודו בזה כא"ש אסבר' לן מרן לפי שיטתו לדברי הרשב"א אלא דרב המרח' דהרשב"א לא קאי בבני ב"ח מוקדם ומאוחר וא"כ אין כאן לימוד וגילוי דעת אי ס"ל להרשב"א כשיט' הר"ב התרומות והטור ואדרבה כבר הוכחנו לעיל לכאורה דנטו אחוריו מסברתם של הרב התרי"ו והטו' ופליג עלייהו לפום ריהטא

ועוד ע"ד לומר דלימודו של מרן ז"ל הוא ממאי דכתב הרשב"א ז"ל אח"ך וז"ל

ושטרי חוב כו' אם נתחייבו אותם בעלי החובות לראשון אחר שלוה הוא מלוי וש' כו' א"א לזכות לו באותם חובות אלא במהכיתן דהרי הוא כלוה ולוה כו' עכ"ל הרשב"א ומאי אי אמרי' דאפנמעו' דלית בהו סי' כאן נמלאו וכאן היו ומהזקינן להו דהנה הנם המוקד' א"כ היכי כתב הרשב"א דאין לוי זוכה אלא במהכי' והלא הוא המוקדם אלא משמע לכאורה דבמעות לא אמרינן כאן נמלאו וכאן היו זהו הנראה לכאורה להלי' בעד מרן הקדוש ז"ל דלמד מדברי הרשב"א דג' המה מטיבי הרשב"א והר' בע"הת והטור בשי' אחת קיימי דבמעות לא דיינינן דינא דקדימה וכאמור

ברם אנןבדידן דראינו תשו' הרשב"א במיוחסו' סי' ק"ו כנז"ל דמבורר מדבריו דאפילו במעו' דאין בו סימן דיינינן דינא דקדימה ואמרינן כאן נמלאו וכאוביו א"כ יש לדקדק על הרשב"א ז"ל אמאי אמרינן יחלוקו כפי מה שהשרים לנו בתשו' המיוחסו'

וראיתי להרב מוהרימ"ט בח"א סימן דקכ"ח דכתב על דברי הרשב"א הללו סי' תתקי"ד וז"ל ואע"פ שאלו המעות או מטלטלי כסף ושוה כסף שהלוה היו משועבדים לראשון מ"מ משעה דנוקפו על בעלי חובו' במלוה פקע שעבודו של ראשון מעליהם והלה שעבוד שניהם בבת אחת כו' יע"ש הנה כפי דברי מהרי"ט בסברת הרשב"א בתשו' הלוו אודא ליה ראיתו של מרן ז"ל דהביא ראיה מדברי הרשב"א הללו דקאי בשיטת הרב התרו' והטור מדאמ' יחלוקו ולא דן הרשב"א דמוקדמים הם וזכה לוי שהוא המוקדם וכאשר פרשתי דברי מרן כפי קולר דעתינו דלעולם אימא לך דדיינינן דינא דמוקדם אפי' במעות דאין בו סימן ושלא כש' הרב בעה"ת והטור והכא שאני דפרח שעבודו מנייהו ע"י דהלו' לאחריני דכיון דמלוה להוצאה ניתנה נתרוקן זכותו מהני מעות אם לא שנאמר דאם האמת אתנו דכוונתו של מרן ז"ל וראייתו היה מדברי הרשב"א הללו וכדכתיבנא ל"ל דפשיט ליה למרן כש' החולקין שהביא הרב מהרימ"ט שם בסו' התשו' דיש מןהחכמי' אומרים כששעבד לו נכסיו שקנה ושיקנה אל שעבודו של ראשון על דמיהם ותמורתן עד סוף העולם ואין ב"ח מאוחר חולק עמו כדין לוה ולוה ואח"ך קנה ע"כ וכפי האמו' מתשו' הרשב"א במיוח' הויןשיעתייהו לכאורה דהגם דכבר הוליאם מרשותו והלווס לאחרני לא המרינן פרח שעבוד מנייהו משע' דנוקפו המעות וכשאני לעלמי נר"ל לחלק דלא דמיא אך תשו' הרשב"א דמיוחסו' להך דינא דקיימי' בבני בע"ח מוקד' ומאוחר דתשו' המיוחסות לא קאי בב"ח מוקדם

ומאוחר אלא בנותן מתנה דרב המרחק בין הבא לזכות מדין שעבוד לבא עליו מדין זכיה גמורה דע"כ לא כתבו הרב התרו' והטור והרשב"א לפי מה שהבין מרן בתשו' דלא דיינינן דינא דקדימה במעות אחר דלאו מדין זכיה גמורה בא הראשון דהא ב"ח מכאן ולהבא הוא גובה ואי אקדים או זבין מלוה אינו כלום דעדין לא חלה זכותו ודבר שאינו שלו לא מלי מקדיש ולזבין ומש"ה בטענה כל דהו דאינן ליה לב"ח מוקדם הבא ראיה דהני מעות נינהו מאי דשעבד לך הלוה שמא אח"ך הרויח ואין בו סי' אבל היכא דהדבר שאנו דנין עליו הוא דאם האמת אתו כטענת התובע הבא בטענה דהני מעות הם מוקדמים אשר היו מימי קדם בעת ובעונה בשעת הנתינה הנה הנם הם שלו דוכה בהם זכיה גמורה ולא אתי עלה מטעם שעבוד בעלמא אשר מהאי טעמא דן הרשב"א ז"ל דלא דאינן למקבל מתנה בטענת כל דהו למימר הבא ראיה דהני נכסי נינהו אשר היו מימי קדם קדמיתא ולא אתו אחריני חדשים מקרוב באו אלא דינא הוי דכאן נמלאו וכאן היו והבי' ראיה לדינו מפסקו של הגאונים

ומעתה עלתה ארוכה לפסקו של מרן ז"ל דבמעות לא דיינינן דינא דקדימה לומר כאן נמלאו וכאן היו לזכות להב"ח מוקדם הבא לזכות בטענת שעבוד קדוש אלא דיינינן דינא דהלג' דהא בשני ב"ה קיימינן דכולן באין מדין שעבוד

ואיברא דמהרה"ש שם ודעימיה לא ירדו לחילוק זה דשנא ושנא הבא בטענת שעבוד בעלמא בלבד לבא בטענת זכיה גמורה מדהוזרכו הרב מהרה"ש ודעימיה לומר דפסקן של הגאונים לא הוי אלא במטלטלין דוקא ולא במעות מכח פסקו של הרב התרו' והטור שדנו דבמעות דאין בו סימן לא דיינינן דינא דקדימה ולפי האמו' אינה זמנת כן לדעת הרשב"א אלא דינא של הגאונים הוא בין במטל' ובין במעות הגם דליכא סי' וכחדא מחתא מחתיניהו וכדהוכחנו מתשו' הרשב"א אלא דהחילוק הוא דשנא ושנא בין הבא בטענת שעבוד בעלמ' לבא בטענת זכיה גמורה וכאמור ושו"ר דלדברי מהרה"ש ודעימיה דלא חילקו בין ב"ח למקבל מתנה הכי מוכח מדברי הרמב"ן דהביא הר' בעה"ת ש' מ"ג ח"ל סימן כ' ד' קל"ג ע"ב דהביא ראיה לדינו מהגאונים ומה דמות יערוך התם שאני דהוא מקבל מתנ' דוקא אלא דלהרשב"א דקיימינן ל"ל כמש"כ

באופן דבנדון שלפנינו דהשתי יורשו' לאה ורחל כולן באות לגבות מחמת לא שערותיהן דנתחייב ונשתעבד הזקן לכל אחת ואחת הלא דלאה בא בשטר מוקדם שבידה לגבו' הב' אלפי' גרו"ש דישנן ביד כולל עירנו יע"א לריוח היוס א"כ דיינינן דינא דחלוקא מאחר דאין בו סי' וכלפסקו הראשונים והאחרונים וכאמור דכל זמן דהמוקדם לא הביא ראיה ברורה דהני מעות הנה הנם אשר היו הקדמונים בידיה דלוה ואינן חדשים מקרוב באו דינ' הוי דיחלוקו והכי נמי בנ"ד אמרינן ללאה ז"ל אייתי ראיה כו' ושקול כל הב' אלפים ליך לעלמך •

אלא

אלא דיש לעמוד בזה דאפי' דאייתי ראיה לזה דהני מעות עצמן היו לו בעידן חיובא אלא דאח"ך הזקן הלווס לכולל עירנו יע"א בתורת קנס וכנבוג מ"מ באנו למחלוקת מהרימ"ע עם חכמי דורו ז"ל דהתינח לסברת חכמי דורו שפיר וכשה בהני ב' אלפים גרוש' שהניחם בכולל ולא דיינינן דינא דחלוקה מאחר דעיקר הנינו' נשתעבדו הל השעבוד עליהם ותמורתן ע"ס העולם ואין ב"ח חולק כדין לוה ולוה כו' דלא אמרינן משעה דנזקפו ויצאו מרשותו פרח השעבוד מינייהו דמלוה להוצא' ניתנה ומעות שנגבה עתה אחריני נינהו אבל לפי סברת מוהרימ"ע ז"ל דקא פסיק ותני דלא חל שעבודן בחילופיהן אלא פרח השעבוד והוכות מינייהו משע' הזקיפה דמלוה להוצאה ניתנה ובשעת גביה חלה שעבוד שניהם בבת אחת ודיינינן דינא דחלוק' כדין לוה ולוס כו' יע"ש ותשו' הרשב"א דסימן תתקי"ד דסמיך עלה מהרימ"ע כבר כתבתי למעלה דאין ראיה לפי פסקו של מרן ב"י ואדרבה מתשו' המיוחסו' מוכח כס' חכמי דורו ז"ל דלא פרח השעבוד מינייהו אם לא שבאנו לזה שחילקו למעלה בין ב"ח למקבל מתנה וכנז"ל אמנם לדברי מהרימ"ע ז"ל דלא ירד לחילוק זה יש לעמוד לכאו' ועיין להרב בית אברהם שם

ויש לעמוד נמי במש"כ הרב בעה"ת ז"ל שער מ"ג ח"ד והביא דבריו הטור סימן קי"א סעי' ט' וז"ל ואם יש ללוה ב' מלויס כו' ובאים לגבות כא' ממכירי החובות שהלוה הלוה לאחרי' ראוי' כו' ואם הלוה אותם קודם שלוה משניהם או קודם שלוה מן האחרון וכתב לראשון אגב וכה בשם הרא"ש ע"כ ובאמת בהאי חלוקה דההלואה היתה קודם שלוה מן הב' הנה דמקודם נשתעבדו לב"ח המוקדם מ"מ משעה דנזקפו הני מעות פרח שעבוד מינייהו כיון דמלוה להוצאה ניתנה וכמו דאסברא לן הרב מהרימ"ע ז"ל

ואיברא דאעיקרא דדינא הרשב"א פליג עם האי דינא דהא כתב הרשב"א שם בסי' תתקי"ד בהדיא דאפי' משעבדם בפי' לא עשה כלום כו' וכמ"ש מהרא"ש והרב ש"ך שם סימן קי"א ס"ק כ"ב והרב הכנה"ג הגה"ט"ו אות למ"ד ומהרית"ע ח"מ סימן נ"ח ומהר"א קוב"ו סימן ח"י יע"ש ומהרימ"ע הסברא לן דע"כ לא פליג הרשב"א ז"ל אלא דוקא היכא דההלואה והחובות שהלוה היה היה קודם שלוה מן הב"ח המוקדם דאע"ג דאקני ליה מטלטלי"מ לא נשתעבדו החובות ולא השטרות שאין גופן ממון אמנם היכא דבתר דאשתעבד לקמא נעשה זה החוב מיגו דהייל שעבודיה על אותם מטלטלין או המעות בנתן לבע"ח חל שעבודו על גוף החייב ועל נכסיו עכ"ל והביא דבריו הרב מהר"א קוב"ו יע"ש נמצא דלפי דברי מהרימ"ע לא פליג הרשב"א בחלוק' היכא דנעשה אחר דנשתעבד לקמא ולא פליג הרשב"א עם האי דינא דהרב בעל התרומות אלא בחלוקה היכא דנעשה החוב קודם שלוה משניהם

סימן כט

שאלה ראובן דנדבה רוחו לשכון כבוד בא"י וקודם הליכתו עשה מתנות וחיובים לאחרים דזמן הפרעון היה תהיה בשעה אחת ק"מ והניח מורשה ע"כ נכסיו כדי שיניחם לריוח היום ומהפירות יאכל כל ימי חייו וכן עשה המורש' והניחן לריוח היום בקושטא עירנו יע"א והיה שולחן הפירו' מידי שנה בשנה ליד ראובן לא"י ואחר ימים ושני' נדבה רוחו של שמעון המורשה לילך לא"י ועל' בדעתו להוליך עמו הנכסים של ראובן ולהניחן שם לריוח היו' ובאו המקבלי המתנו' לפני ב"ד קובלי' ומתרעמי' על שמעון המורשה דלא מן השם הוא זה שיוליכם המעות לא"י דבריא היזקא הוא מאחר דמנהגם של אנשי ירוש' וידוע ומפורסם מכח תוקף הסכמת' דור אחר דור מרבנן תקיפי ארעא דאיש כי ימות שם יורשים אותו בני א"י וא"כ מעלנא אית לה ומסקנא לית לה ואנובי דינא החרנו במורשה דלאו כל כמיני' להזיק לחבירו בידים וקבל שמעון שלא להוליכ' לא"י והניח המעות הנז' של ראובן ביד המורשים שלו והיו המורשים של שמעון שולחין הפירות של מעות ראובן ליד ראובן לא"י ושוב אחר ימים הוצרך שמעון לצאת מא"י ולבא לקושטא יע"א מסיבת מה ובבואו מהתם להכא אסף וקבץ כל המעות של ראובן והוליכם לא"י וכשומעו ראובן דהביא מעותיו חרה אפו של ראו' דע"מ וע"מ עשה שמעון מעשה כזה דפסקיה להיותייהו של מקבלי המתנות ושמעון עשה את שלו והניחן מעותיו של ראובן לריוח היום שם בא"י תובב"א ומחמת יוקר השערים הוצרך ראובן ליטול לצורך מזונותיו גם מדמי הקרן ועל ידי שבשביל הוצרך שמעון לבא פעם אחרת לקושטא עירנו יע"א ובאו המקבלי המתנות ויקריבו את משפטן לפנינו ב"ד בהומרם מאחר דש' מותרה ועומד מפי ב"ד שלא יוליך מעותיו של ר' לא"י מהסיבה הנז' א"כ מה המעשה הזה אשר עשית לפגוע בדמינו ולפסו' את היו' דעינינו תלויו' וכלופו' מתי יבא קצו של ר' לילך כדרך כל הארץ ויטלו כל זכותם ולפרנס את עצמם ואת טפם ושמעון השיב מאחר דאינו מספיק פירות המעות של ראובן דהניחן לריוח היום ראובן מחמת יוקר השערים דין גרמא דהוצרך שמעון להוליכם לא"י ולהניחן שם לריוח היום משום דהתם בא"י הריוח של המעות עולין יותר ונתינצמו בטענות מכל לכל ועיניה' תלויו' לפני כל יודעי דת ודין היושבים על כסא ההוראה להוציא לאור משפטן

תשובה אבא בקיצור נמרץ ואשיב על אחרון ראשון דאין טענתם של מקבלי המתנות טענה לעכב ביד ראובן הנותן שלא ישלח ידו בגוף הקרן מאחר דמתמוטט והולך ומה יעשו ליום האחרון דלכאורה נראה דאם המתנה היתה גופא מש"ו ופירי כו' באופן דמעתה ומעכשיו חלה זכיית המקבלי המתנות בגופן של המעות אוי תורה יוצאה דלאו כל כמיניה של ראובן לשלוח יד במעות לפרנס את עצמו מפני דוחק השעה יען דאין הפירות מספיק לכדי חיוב וכמו שאבאר האמנם מאחר דאינו אלא דנתחייב

היוב דנתחייב גופו ש״מ לכל אחד ואחד ווקפינעליו כמלוה גמורה והפרעון הוא שאק״מ ובאו המקבלי המתנות בטענה מאחר דאם שולח יד בגוף הממון א״כ כליה קרנא ומאין ימצאו פרעון חובם לכאורה נראה דדמיא נ״ד למחלוקתן של הראשונים הובא בטוח״מ סימן ע״ג ס׳ ט״ו דדעת רב יהודאי גאון והרמב״ן ז״ל הוא דאין למלוה לעכב בלוה דרוצה לילך למ״ה ועדיין לא הגיע זמן הפרעון בטענ׳ דכשיגיע זמן הפרעון חובו לא ימצא כלום דלא ניחא מלוה ליתבע קודם הזמן כלל ודעת הרי״ף והרא״ש ז״ל הוא דמלוה לדיין לעכב הממון עד שיגיע זמנו של שטר מאחר דלא יוכל לגבות חובו כשיגיע הזמן יעויין בדבריהם

ועלה ע״ד לצדד ולומר דמלתא כדנא דנ״ד דהיובא לא שייכא עם פלוג׳ דרבוותא הנז״ל דבחיוב דמתחייב האדם מכל הינא וחסדא בלתי שום קיבול טובה מחבירו אלא דנך אורחייהו דאנשי ההולכים לשכון כבוד בא״י לקיים מקרא שכ׳ פזר נתן לאביונים ואיש את קרובו. שחר בשרו להתחייב באיזה חיוב במתנת ידו וסופרי דוקני נהיגי לבא במכתב ככל משפט כתוב הנהוגים בשטרי חיובים דנהיגי בהלואה ולא ישנו את המפקידשאלא בשקיר׳ א׳ ובחדא מחת קיימי ואין דעתהשל אלו שמתחייבי׳ למו׳ ברעב אי השורי מחסרא להו די סיפוקם באיזה אופן דאיתרע ביה מילתא או ביוקר השערים או באיזה אונסא אחריני דבאו שוללים או שרפה ומטה ידם והם נודדים ללחם לא עלו בדעתם שלא ישלחו ידם בעיקר הממוןשהניחו לריוח היום לזון עצמם משפירו׳ אם לא יספיקו הפירות אלא סמכי בדעתייהו דלא יבואו לידי מדה זו כלל

ואמינא לה האי סברא מטעמא דיהיב הרמב״ןהביא דבריו הר״ב התרו׳ שער י״ו ה״ג וז״ל אבל מלוה למי שאין לו נכסים כו׳ אבל רצה ליזון בנכסיו מה נעשה לו לכשיבא זמן חובו הרי הדין בניהם ע״כ מריהטא דהאי ליהנא מוכח דטעמא דדינא הוא מאחר דזה עשה מעשה והוצי׳ וכוחו שהיה תחת ידו ליהנות ולהלוות לאחרי׳ ומלוה להוצאה ניתנה אמרינן אדעתא דהכי אוזפיה שלא לתבוע ממנו בנו ומניה כלל באופן דהכל תלוי באומדן דעת א״כ בהני חיובים דרגילי אינשי להתחיי׳ לאחריני אומדן דעת הוא דכל שלא הקנה לו גופה מהיום כו׳ הורי שייר זכות לעצמו אף בגוף הקרן ואפי׳ לדעת הרי״ף והרא״ש מודו בהני חיובים דהא כתב הרב הנמק״י הביא דבריו מרן ב״י דטעמו של הרי״ף הוא מטעמא כדי שלא יהיה כל א׳ לוה מחברו ומבזבז את נכסיו או הולך למ״ה ונמצא אתה נועל דלת לפני לווין יע״ש והאי טעמא לא שייך בהני חיובים וכאמור

וראיתי להרב מהר״ש גאלאנטי ז״ל בתשו׳ סימן כ״ט דנשאל על אשה דמרצון נפשה כו׳ נתחייבת ונתחייבה חוב גמור ש״מ לשמעון בתנאי גמור דאין זמן הפרעון מתחיל כי אם מהיו׳ עד האי שעה קודם מיתתה כו׳ אם האשה נ״ו יכולה להכול כל המתנה בטענה שהיא אומרת שאינ׳ חייבת החוב רק עד האי שעה קודם מיתתה כו׳ והשיב אם רואים ב״ד דכשיגיע הזמן לא ימצא ממה יגבה יש כח ביד ב״ד לעכב כו׳ ופסקינן כהרי״ף והרא״ש דמסתברא כוותייהו כו׳ ולדעתי אף הרמב״ן ז״ל מודי׳ בנושא דידן שאני דמתחיל מהיום עד עת המיתה ומאותו יום מתחיל הזמן עכ״ל והרואה יראה דפשיט ליה דאף בחיובים ומתנות דלא שייך הטעם דנועל דלת כו׳ פליגי הגאונים ז״ל הפך מה שכתבנו גם מתשו׳ הרב פ״מ ח״ה סימן ל״ח דנשאל על ראו׳ דנתחיי׳ לחתנו ש״מ וזמן הפרעון הוא שאק״מ כו׳ ורא׳ התנה שחמיו ראובן תבזבז כו׳ והביא הרב מחלוקתן של הראשונים הנז״ל יע״ש משמע דס״ל דאין חילוק דאף בדבר דלא שייך הטעם דנעילת דלת פליגי הראשוני׳ ז״ל גם מתשו׳ הרב מט״ס ז״ל ח״ג דקונט׳ מיר׳דכי׳ סימן ז׳ על ראובן דנתחייב בתורת מתנה ש״מ לפי׳ והלך לא״י ואחר זמן רצה לשלוח יד בגוף הקרן להוליכם לא״י מטעם דעדיין לא הגיע זמנו של שטר יען וזמנו הוא שאק״מ כו׳ והשיב דזה דמיא למש״ל הטור סימן פ״ג כו׳ ודין זה מוסכם היכא דאיכא אמתלא כו׳ וא״כ הא ודאי דמעכבינן ליה הקרן עד בא זמן השטר ע״כ משמע דלא נחית לחלק כאשר חילקנו דעדיין לא שמענו אלא בהלוא׳ דוקא ומטעמ׳ דאיכא נעילת דלת כאשר אסבר׳לן הר׳ הנמק״י ז״ל ואפשר דלזה כיון במה שרמז לן תשו׳ הרבנים הנז״ל הרב מהר״ש גאלאנטי והרב פ״מ ז״ל דמשם בארה דלא נחתי לחלק בהכי כמ״ש

ואיברא דבנדון הרב מט״ס ז״ל דהמתנה היתה גופה מהיום ופירי כו׳ מתנת עלמין דלא למיהדר מינה כו׳ הא ודאי מאחר דנתרוקן מן הנותן וכוחו מן המעות עלמין וחל׳ זכותו של המקבל מתנה על המעות עלמין מש׳ דכ״ע מודין דמעכבינן ולא פליגי אלא בשעבוד בעלמא וכאמור ועל פי האמור תורה יוצאה מהני שלשת הרועי׳ ז״ל דבנדון דידן דאיכא אמתלא גדולה דבבוא הזמן של מקבלי המתנות לא ימצאו ממה לגבות הנם דבתור׳ מתנה נחתו המקבלי מתנות ולאו בתורת הלואה מעכבינן ליה שלא יוליך המעות עלמין לא״י •

האמנם אשכחנא לן פתרי לכאורה דאין כח ביד ב״ד לעכב ביד ראובן שלא ישלח ידו בקרן בגוף המעות והוא דכב׳ אסבר׳ לן רש״ל בים״ש דקמא והביא דבריו הרב ש״ך שם ס״ק ד׳ דע״כ לא אמרו כת הראשונים דמעכבין אלא דוקא במבזבז ברם היכא דאינו מבזבז אלא מחמת דוחקו מוציא נכסיו להתפרנס את עצמו אעפ״י דרוא׳ ב״ד דנכסי הלוה מתמוטטין מידי יום יום ובבו׳ זמנו של המלוה לא ימצא המלוה לגבות את חובו אין מעכבין והסכים עמו הרב ש״ך והרב ראש יוסף והר׳ נאמן שמואל סימן פ״ל רמוס הרב מטה שמעון שם ס״ק מ״ח נס מהר״ש פרימו ז״ל סימן י״ג הסכי׳ עמו יע״ש ומתברר נמי מתשו׳ הרב מהר״ש פרימו כסברת שלשת הרועים הנז״ל דס״ל דאף בחיובים דלא שייך נעילת דלת מדמינן ליה למחלוקת הראשו׳ הנז״ל דהא נדון הרב לא שייך טעמא הנו׳ דנעילת דלת וכמובן ומעתה

ומעתה מאחר דנ"ד ראובן השוכנא"י אינו מספיק לו הריוח של מעותיו מעתה איך הזמני' דנשתנה הזמן משעת החיוב עד היום וזרעו אזלא ומדלדלה יומא בתר יומא ומה יעשה אותו הגבר כו' וא"כ כביר מצאה ידו לשלוח יד בגוף הקרן לזון את עצמו ולאו כל כמיניהו של מקבלי המתנות לעכב

ואיברא דהיה אפשר לצדד ולומר דע"כ לא אמרה מהרש"ל ודעימיה אלא מטעמא דישנו תחת הי'פכר דבנות ומנו של מלוה לבנות את חובו יפרע הלוה כל זכותו של מלוה דבא כרצון חובו הוא בעודו חי ויראה במלאכתו ויקיים מצות פריעת ב"ח לא כן בני היורשי דמתחייבי אינשי דהפרעון אינו אלא אחר העדרם מן העולם וגם אינם עוסקים בשום מלאכה בעולם אלא תורתם אומנותם דאדעתא דהכי תולי להכין צידה לדרך חיי העוה"ב וא"כ מאין ולאין ימצאו מקבלי מתנות לגבות את חובם וא"כ אין ראיה מתורתו של רש"ל ודעימיה לנ"ד ואמנם היה אפשר לסיועי לנ"ד מאותה תשו' הרא"ש הידועה כלל ה' סימן ד' על ראובן דשידך בתו לשמעון ונשבע לו שיתן לו עשר המשת אלפים זהובים כו' והיה לו לראובן ממון רב בחובות כו' ונתקלקלו החובות כו' דפטור ראובן משבועתו ואינו מחוייב ראובן ממכור ביתו וכלי תשמישו לקיים שבועתו דאדעתא דהכי לא נשבע ומות ברעב ע"כ ותשו' זו הובאה בדברי רבני האחרונים בהרבה ספרי דבי רב וא"כ לפום ריהטא יש לדון בנ"ד באומדנא דאסברא לן הרא"ש ז"ל דאדעתא דימות ברעב לא יהיב איניש א"כ גם בנ"ד משאי טעמ' גופה אפשר לצדד ולומר מאחר דדעתו של אדם קרובה אצל עצמו יותר מקרוביו זולת בנו והייו קודמין ולאו דעתיה דאיניש להזור על הפתחים לזון ולפרנס את עצמו כדי שיהנו האחרים מיגיעו בחובים דנתחייב נהם ואיהו ניהו יבקש מהאחרים למצוא מקומרגוע לנפשו

ואיברא דהמעיין בתחילת ההשקפה ידין ידין בדעתו דע"כ לא אמרה הרא"ש דאומדנא הלזו מוציאהו מידי חיובו אינו אלא היכא דהחיוב דבא עליה דאיניש אינו אלא מחמת שבועה דוקא ברם היכא דהחיוב הוא מכח קנין גמור כתחו"ל הוי היכא למימר דאין האומדנא מוציאתו מידי חיובו והנה הפכוס ראיתי להרב פ"מ בח"ב סימן ס"ה דנשאל על ראובן דנתחייב לבתו מנה ושוב מטה ידו וצידד הרב ז"ל מאחר דהוא דרך מתנה אפשר דזכותו גרעונן מתשו' הרא"ש הנ"ל וסיים וז"ל ועוד דע"כ לא אמרה הרא"ש אלא בנדון דידיה דלא היה שם חיוב כי אם שבועה לבד כו' אבל בנ"ד דנתחייב בשטר כו' הא אף אי הוי דקפיד לית לן בה כיון דבשע' החיוב נתחייב היטב אין אחר חיוב כלום עכ"ל באופן דאין לן סמיכה לנ"ד מתשו' הרא"ש דאיכא למימר דבחיוב נק"ג אין אחר חיוב כלום

האמנם מאותה תשו' אחריתי של הרא"ש כלל ל"ד סי' א' באשה המשודכת דהמיר דתה כו' והשיב דהגם דהחיוב נקנס היה היה בק"ג ושטר לא מהדרינן ליה מטעמא דאדעת' דהכי לא נתחייב והביא ראיה מדין שטר מברחת כו' דאמרו בגמ' דלא שביק איניש לנפשיה ויהיב לאחריני יע"ש והרבה הרא"ש להביא ראיות דהיכא דאיכא אומדנא דמוכח מוציאתו מידי חיובו יע"ש באופן דמתברר לכאורה דהיכא דאיכא אומדנא דלא שביק איניש לנפשיה ויהיב לאחריני והוא ימות ברעב אם לא יחזור על פתחי המתנדבים בעם כדי להיות את נפשו מוציאתו מידי חיובו הגם דאיכא בחיובו קניינו הראוי לו ויעויין להטור ומרן בש"ע א"ה סימן נ' דפסקו הכי דהרא"ש ויעויין שם להרב פ"מ בסי' קי"ו

וראיתי להרב ידפ"ת א"ה סימן מ"ד דכתב וז"ל מי שנתחייב מרצונו ונזדמן אח"ך דבר דאיכא אומדנא דאדעתא דהכי לא נתחי' מאח' דאילו היה רוצה היה מפרש דלא נתחייב אלא אדעתא כו' הו"ל כאילו פירש ויכול לחזור בו יע"ש במפתחות הרי השמיענו הרב ז"ל דכל היכא דהחיו' אינו אלא מרצונו והוה שמי בידיה להתנות כפי חפצו ורצונו אם אחר זמן אתייליד ליה מילת' למתחי' דכל השומע ומבין ידין דעל מלתא כדנא לא נתחייב הגם דלא פירש בשעת חיובו דינא הוא דהאומדנא מוציאתו מידי חיובו בקניינו הראוי לו וע' להרב מהר"ש הלוי הובאו דבריו בתשו' הרב פ"מ ח"ב סימן נ' דנשאל על ראובן דשידך את בתו עם ש' בעודו קטן ואחר שלקח החתן המדודים מיד חמיו חזר ומסרם ליד חמיו כדי שיתנה על ידו לריוח היום והיה הולך ומרויח ראובן ושוב נפטר החתן ובא רזו' בטענה ואינו רוצה ליתן שום פרוטה מהריוח דישנו תחת ידו מטעמא דאדעת' דהכי לא הרויח ופס' הר' דזכה ראובן בשבח המדודים מתרי טעמי חד מטעם מוחזק וחד מטעם האומדנ' דאמדינן דעת הנותן שלא נתן מה שהרויח לחתן כי אם אדעתא שיכנוס את בתו אבל אם לא יכנוס לא דלא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחריני יע"ש והשגנדו הלוק עליו הוא ניהו הרב פ"מ וס"ל דע"כ לא אמרינן דאדעת' דהכי לא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחריני אלא במתנ' דהכל תלוי בדעת הנותן כההי' דשטר מברחת אבל בנ"ל דהדבר תלוי נמי בדעת החתן כו' וכה"ג אילקו התוס' פ' הגוזל עצים כו' ובפ' נערה כו' יע"ש ומתברר מדברי הרבנים טובים השנים דהגם דנתחייב בחיוב גמור בקנין הראוי לו אמדינן דעת הנותן דלא שבי' נפשיה ויהיב לאחריני ולא עלה הפ"מ בתשו' הלזו לחלק ולומר דאף במתנה היכ' דאיכ' קנין הראוי לו אין אחר קנין כלום וכמו שצידד הרב ז"ל בסימן ס"ה דלא אמרה הרא"ש האי אומד' אלא היכ' דהו' לגבי שבועה דוק' לא כן בחיו' יע"ש והמעיין ירחה דדברי הרב פ"מ בתשו' זו דסימן נ' בח"ב דכתב דתשו' הרא"ש דנתקלקלו החובות אינו תלוי בדעת החתן אלא בדעת חמיו אבי הכלה דוק' הנה הוא סותר הולך על מה שהעמיק הרא"ש בח"א סימן ס"ב דאחר דעמד על תשו' הרא"ש הלזו דלכאורה פליג ע"ד התוס' הנז' דהא נדון דידיה בדעת שניהם תליא מילת' בדעת החתן ובדעת אבי הכלה

הכלה כו' ומתחילה עלה על דעתו של הרב פ"מ לחלק דנדון הרא"ש שאני שלא היה כי אם שבועה לבד כו' וגם כתב דאינו מספיק כו' ולעלה שם בד' קמ"ד ע"א וז"ל דהכל תלוי בשעת החיוב אם היו מפרשי' ומבררי' דבריהם מאי דאיתיליד לבסו' אונסים מתבטל הענין או לא דבנדון הרא"ש אם היו מבררי' דבריהם דישבע אבי הכלה דאם יתקלקלו כל ההונו' דימכור את ביתו כו' אנן סהדי דאבי הכלה היה אומר דיתבטל השידוך כו' דאין אדם עשוי למכור את ביתו לנשואי בתו אבל נדון התוס' שאני שהיה מפרש הלוקח אם יקרה במקח איזה מקרה דיתבטל המקח לא היה המוכר מתרצה כו' יע"ש ואם כן בנ"ד אנן סהדי וכ"ע ידעי נאמנה דאם היו המקבלי המתנות מפרשים ומבררים דבריהם דמתנתם יהיו אף אם בהמשך הזמן יקרה איזה מקרה בממון הנותן או איזה יוקר השערים וצריך הנותן לחזור על הפתחי' או מטעם דלא מספיק לו שיעור הריוח שהני' בשעת חיובו לא היה הנותן מתרצה לתת שום מתנה כלל כלל לא דלא שביק נפשיה ויהיב לאחריני וכן הסכים הרב פאת נגב י"ד סימן ד' בהאי חילוקא דאסברא לן הרב פ"מ יע"ש

וראיתי שכתבי הרב דברי אמת בזכרונותיו אות אלף באות אומדנ' שכתב וז"ל כל שהאומדנ' היא גדולה ומוכח' טובא אזלי' בתרה אפילו שתלויה בדעת אחר כגון ההיא דר"א ן' עזריה שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה וכמו שכתבו התו' בפ' נערה ומן התימא על הרב פ"מ ח"ב סי' ן' שתמה על הר"ש הלוי מדברי התוס' דהגוזל ודפ' נערה והרב עצמו כתב בח"מ סימן ס"ב עכ"ל ,

ולדידי דברי הרב פ"מ אין בהם נפתל ועקש דס"ל להרב פ"מ ז"ל דשבח המדודי' אם היו מפרשים דבריהם בשעת השידוכין לא היה החתן מתרצה לאחוזי אלא ע"ד כן שיתנו לו המדודים וליהוי כל השבח שלו והוי ממש כדין מוכר ולוקח שכתבו התוס' וכמ"ש הרב פ"מ בהדי' שם אבל מטעם זה דחה דברי מהר"ש הלוי האומנם היכא דמוכחא טובא דהיינו דתלוי בלב האחד דוקא אזי אזלינן בתרה וכמו שהשריש לן הרב פ"מ וכאמור

באופן דבת' הרא"ש הלזו דנתקלקלו ההונו' איכא ב' פירושים בטעם הפיטור דפטר הרא"ש לאבי הכלה הפי' הא' הוא דעד כאן לא פטר הרא"ש לאבי הכלה אלא משום דלא היה אלא קשר לשבועה לבד דוקא ומשום דברים דבינו לבין יוכרו אבל אם היה הקשר והחיוב בקנינו הראוי לו אזי דיינינן דאין אחר קנין כלום והפי' הב' הוא דהא דפטר הרא"ש לאבי הכלה הוא דהחיוב היה בקניינו הראוי לו וטעמא משום אומדנ' דאדעת' דהכי לא נתחייב והר"ב פ"מ יותר ברירא ליה הפי' השני וכאמור והר' מש"ל הל' זכיה פ"ו דף י"ט ע"ב וג' עמד על תשו' הלזו של הרא"ש אי פליג ע"ד התוס' הנז"ל והרב ז"ל בנה יסודו על תשו' הרא"ש דמטעם שבועה דוקא אתי עלה הרא"ש ז"ל ברם אי היה היה הקשר והחיוב בקנינו הראוי לו אזי אין האומד' מוציאתו מידי חיובו וכתב ולא ידעתי למה לא נחה דעתו של הרב פ"מ בהאי חילוקא דהוא מנו' דמטעם שבועה קא אתי הרא"ש ומש"ה פטר הרא"ש ז"ל לאבי הכלה

והנה מה שעלה בדעת הרב פ"מ באותה תשו' דסי' ס"ה דח"ב והרב מש"ל בתחילת ההשקפה דהרא"ש פליג ע"ד התוס' הנ"ל יע"ש לדידן דהאיר וז"ח דברי הרא"ש בתוספותיו נקבלו ובאו דבריו בשיטת הרב בא"ז שם פ' הגוזל ובשיטת ח"ו כתובות שם פ' נערה יר' הרוא' דהרא"ש לא נטו אחוריו מדברי התוס' , ושו"ר להרב עדות ביעקב סי' ל"ד דע"א דהבי' דברי הרא"ש ז"ל בתוספותיו הנז' פ' נערה יע"ש , וגם הרב דברי אמת בתשו' כ"י באבן העזר הביא דברי הפ"מ והמש"ל הנז' דעמדו על תשו' הרא"ש אי פליג על התוס' וכתב וכבר נדפס מחדש ס' ח"ו לכתובות ושם פ' נערה כתוב שם בשם הרא"ש ככל דברי התוס' באופן שדברי התוספות ז"ל יחד היא שלא תימוט עכ"ל , והרואה יר' דאף לפי פי' של המש"ל בתשו' הרא"ש הלזו דמטעם שבו' אתי עלה ברם אי היה היה הקשר והחיוב בקניינו הראוי לו לא הוה משגחינן בדלותו של אבי הכלה בנ"ד דהיא מתנה גמו' א"ל ומודה המש"ל משום טעמא דאומדנא דלא שבי' איניש נפשיה כו' ונדון הרא"ש שאני משו' דהאומד' תלויה בדעת שניהם ומש"ה הוה דייקינן מתשובת הרא"ש דאי היה חיוב בק"ג דלא משגחי' באומדנא והיינו מהאי טעמא יען דהאומדנא תלויה בדעת ב' וכמו שעלה ונסתפק כן הרב פ"מ ז"ל וכאמור ,

הכלל העולה מכל מ"ש דלעת אין בידינו כח לעכב בראובן בנ"ד שלא ישלח ידו בעיקר הקרן למצוא מרגוע לעצמו ולפום ריהטא לא מצינו בהני ספרי דבי רב דסברי דלא דיינינן האי אומדנא הגם דאין האומדנ' תלויה אלא בדע' המתחייב להודיע ואילו היה המתחייב מפרש ומבטא בשפתיו בשעת חיובו דאם בהמשך הזמן ומשעת חיובו עד שנ' העדרו מן העולם לא יספיקו ריוח ופירות מעותיו לכדי חיותו ומזונותיו ויצטרך לשלוח יד בגופן של המעות הוה שמי בידיה להתנו' כמה תנאי' דמי יאמר לו מה תעשה

ומעתה אבא לאידך טענה שטוענים דהמורש' של ר' הוליך עמו מעותיו של ראובן לא"י לבניין שם לריוח היות מטעמא דאיכא רווחא יותר ויותר מקושט' עירנו יע"א ואומר דהגם דלדידנו דשמי בידיה של ראובן לשלוח יד בגופן של נכסים מ"מ כביר מצאה ידם של מקבלי המתנות לעכב לנותן שלא יוליך עמו המעות לא"י ומטעם דבריא היזק מכח תוקף הסכמות מרבני א"י דור אחר דור דאיש כי ימות כו' וכמו שבא בשאלה דמצלנא אית לה ומפקנא לית לה ואם באולי יצטרך בהמשך הזמן בעודו בחיים הנותן לשלוח יד בגוף המעות לכלכל את עצמו ולהחיות את נפשו ינופף ידו לבא בשורותיים מהם להבא שיך ימינו מצות שלוח מגוף המעות איזה סך המצטרך לו לאותה שנה דוקא דשמא דקרבו ימיו ושנותיו ובא עד קצו ליומא וליומא אחרי'

וקמי

וקמי שמיא גליא אשר בידו נפש כל חי ולא שבקינן בידיה דר' לעשות מעשה ולהזיק בידים ולעקור את הכל דמאי אהני להו למקבלי המתנו' ולכתוב ולחתום שטרי חיובי' ומתנות דכלא חשיבי ועל זה נאמר אין לך אלא מקומו ושעתו ושבדה הלזו ברירא ואלימתא דאין לך אדם היושב על כסא ההוראה שיעל' בזכורו לדון ולהורות הפך סברא הלזו וע"פ הלעת סברא הברירא והחזקה הלזו ש' המורשה הנו' בשאלה פשע פשיעה גדולה שהוליך עמי מעותיו של ר' למקום אשר שלשבת יה ומה גם דמותרה ועומד הוא מקד' קדמת' מפי ב"ד וקיבל על עצמו ושמע קול המורים היושבים על המשפט

ובית אם באנו לידי מידה זו לחייב לש' המושה הרי דינא הוא דבעינן הכללי' שצריכין לדינ' דגרמי והנה הנה נקבצו באו בדברי הראשוני' וא' מהם הוא דתכף ומיד נעשה הנזק ובנ"ד אין ההיזק נעשה מיד בשעת ההליכה כ"א בשעת העדרו של ר' מן השולכלאז הוי זמן גוביינא בהופקדעדיין היזכאן היזק ועוד מטעמא אחריתי לכאורה כיון דמילתא כדנא הוא מתנה דנתחייב הנותן למקבלי מתנות מהפלו ורצונו ולא היה לשום אחד מהם אלא הנותן טוס וכות ודררא דממונא א"כ הוי מניעת הריוח וכבר כתבו גדולי אחרונים דכללא הוא דהאי דינא דגרמי אינו אלא היכא דמזיק ממון חברו שהיה שלו מעיקרא , ברם היכא דההיזק הוא בזכות דעתיד לבא ליד חבירו ובא זה והזיקו דאי אפשר שיבוא ליד חבירו זה מקרי מניעת הריוח ולא מיקרי דינא. דגרמי וזכשרינן ליה יעויין להרב כ"מ ה"ב סוף סימן מ"ט והרב כנ"הג סי' שפ"ו הגה"ט אות כ"ט אכף וקנץ מחריה דתלמודא דהאי דינא וא"כ אין כח בידינו לחייב לש' המורשה מטעם זה

דאמנם המציין ־להה לתברה בלדה דכל היכא דהיה היה זקיפת מלוה מחייבינן ליה מאהר דזקף עליו במלוה הפסד ממון מקרי וכמ"ש הרב כנ"הג שם דהביא דברי ר"יו ודייק מינה דהיכא דזקף עליו במלוה הקרן והרבית לאו מניעת הריוח מקרי אלא הפסד ממון חברו מקרי הגם דלא בא עדין ליד חבירו אלא עתיד לבא יע"ש ובנ"ד שטרי החיובין המולג קמן כתוב ומחום וזקף עליו במלוה כו' ועדיפא מינה דש' המורשה הוא גיהו הסופר דכתב וחתם הני שטרי החיובין הנו' בשאלה א"כ הפסד ממון מקרי

וראיתי להרב כנ"הג ז"ל בתשו' סימן רכ"ד דהביא ראיה להאי היזוקא ממ"ש פ' איזהו נשך דע"ב ע"א יפרי' שלוה מעות מן הנכרי ברבית וזקפינליו במלוה ונתגייר אם קודם שנתגייר זקפן עליו במלוה גובה את הקרן ואת הרבית ופיר' רש"י דמשעת זקיפה הוי כגבוי יע"ש , הרי דגדולה מילתא דזקיפה דהגם דלא בא לידו של מלוה חשבינן כאלו בא לידו ואיברא דהאי סברא דזקיפ' השיבה כאלו בא לידו ממש אף בדבר העתיד הנה כן מוכח מתשו' מהר"ם דהביא המרדכי פ' איזהו נשך סי' י' וכן כתב הר' ת"בד סימן פ"ג וכתב דהכי מוכח מדברי הרא"ש דהבר דאכי רבית שלא עלה עדין אפי' הכי הבוב כקרן הואיל וז קף יע"ש

האמנם מדברי מהר"י קולון שורש קו"ל הבין בדברי הרא"ש דלא מהניא זקיפה אלא הרבית שעלה עד שעת הגרות יע"ש וכבר כתב מהרי"ק שם דאפי' לדעת הרא"ש היינו היכא דהוה מחשבים לפי הזמן ולפי רוב השנים יתרב' הרבי' יע"ש והרואה ירא' דזה אינו אלא ברבית שעלה אחר שנתגייר דאז הלוה הוא ישראל וקרינן ביה ולאחיך לא תשיך נכה"ג ס"ל דאין זקיפה מועלת להתיר איסו' רבית ברם בנדון ר"יו דישראל דהלוה לגוי ברבית וזקף הגוי הרבית ובא חבירו והלוה לגוי בכהות והזיקו למלוה ראשון מחייבינן ליה ולא חשיב מניעת הריוח מאחר דכבר זקף וכמ"ש הרב הכנ"הג ז"ל הנלע"ד כתבתי

אליעזר הצעיר
די טולידו

סימן ל

שאלה יצחק היה חשוך בנים ויהי כי זקן יצחק נדבה רוחו לשכון יכבוד בא"י ונתן מתנות רבות וחיובים לאשר מצא חן בעיניו וגם הקדשות רבים כאשר נדבה רוחו וגם נתחייב כמה חיובים ליורשי נחלתו לבן אחיו מ"ך וגם לבני אחותו נתחייב ג"כ ס"מ ולא השיב ידו בסך החיובי' שנתחייב לבני אחותו הנז' אלא שגם אח"ך לרוב השנים שהארי' ימים ושנים בא"י שלח מתם שטר חיוב כתוב וחתום משפטים אלף גרו"ש לבני אחותו לכל אחד וא' סך ס' אלף גרוש' וזה נוסח השט"ה בפ"ע ה"מ נתחייב מע"כ יצחק ה"ג לבן אחותו ה"ד נסים סך ששים אלף גרוש' באופן זה דהיינו שהחיוב מכל הסך הנז' הוא מעתה ומעכ' חיוב החליטי וכרעוקכל הסך הנו' הוא בשעה אחת ק"מ כו' וזקף עליו כו' באחריות ושעבוד כו' אגב ד"א קרקע שהקנה לו ולב"ך כתחז"ל כו' והכל באחריות ונאמנו כו' להאחים ולב"ך על הר' יצחק וב"כ כו' עכ"ל השטר ובהמשך הזמן מת המקבל מתנה הר' נסים והניח בת נשואה לש' ואח"ך מתה האשה הנז' והניחה בת קטנה ואח"ך מתה הבת קטנ' ואח"כ מת יעקב הנותן ונתעוררה בא שמ' בעלה של האש' שהיתה יורשת של אביה המקבל מתנה בטענה דמדין תורה ירושה זו נוגעת עליו מאחר דבעת מיתת אשתו אשר כבר זכת' בירושת אביה ירשה אותה בתה הקטנ' אשר הניחה אחריה יורש נחלתה ווכתה במתנה הלזו תכף בשעת כתירת אמה וכיון דאחר וכייתה מתה הבת הקטנה זכה הוא מתורת ירושת בתה ומע' לשאול הביעו למי נוגעת הירושה מי אמרי' הירושה חוזרת לאחי המקבל מתנה או הוזרת ליורשי נחלה של הנותן או יוכה ש' אבי הבת

תשובה ידעתי דמילתא כדנא נפלו דברי ריבות ומחלוקת גדול בין גדולי המורים נר"ו הללו האומרי' דאינו זוכה ש' במתנה הלזו מטעמא דאומדנא דאמדינן דעת הנותן דלא נתן חיובא דנא הנותן אלא כדי שיהנה בין אחותו או הוא וזרעו יודשי נחלתו דוקא ברם היכא דהוכיח הלזו נוגעת לאחרים לאיש זר שיאכל והדי איש נכרי דלאו מיוצאי חלציו

חלקיו של בן אחותו זה לא עלה ע"ד מעולם ומגדולי המורים חלקו עליהם בפה מלא וכה אמרו דזכיית שמעון זה הבא בשאלה אבי הבת יורשת נחלת אמה היא שרירא וקיימא ולא אמדינן דעת הנותן במלתא כדנא למימר אדעתא דהכי לא נתחייבתי וכשאני לעכומי כפי קוצר דעתי הוא דלא דיינינן האומדנא בכה"ג וכסברת כת אחת מן המורים נר"ו

וזה כתבי הנה לפום ריהטא לכאורה מילתא כדנא נמחלוקת שנויה דהרב מהר"י ווייל הביא דבריו מור"ם בא"ה סי' ל' ס"א פסק דהאב שכ' שטר ח"ו לבתו שנתחייב ח"מ כו' ואם תלך הבת בלתי זש"ק יתבטל החוב ומתה הבת בחיי אביה והניחה זש"ק ומת הזרע ואח"ך מת הנותן הבעל יורש כח אותו שטר מכח זרעו שירש את אמו יע"ש והרב חינוך בית יהודה הביא דבריו הרב יד אהרן שם הגה"ט אות ה' דחה דבריו מהלכה וכתב דאיזה תלמיד טועה כתבו דודאי אמדינן דעת הנותן כו' וכמ"ש הפוס' ז"ל גבי נדוניא יע"ש ובהאחרונים דרמז שם נמצא דבנ"ד לפי דעת מהר"יו והנמשכים אחריו תורה יוצא' דזכיית ש' היא זכיה מעליא ולפי דעת הרב הינוך"י ודעימיה בנ"ד אין ש' יורש את בתו מכח ירוש' אמה דאומדנא גדולה היא דלא נתחייב הנותן אלא דוקא שיהנה בן אחותו או הוא או זרעו אמנם היכא דהירוש' דנא ממשמשת והולכת לאיש נכרי אדעתא דהכי לא נתחייב ובטל החיוב

ואני אומר דבגוונ' דנ"ד אליבא דכ"ע זכייתו של ש' אלימא וליכא חברא מפלוגתא של האחרונים הללו וכילך תשו' הגאונים המובא בספר שערי צדק שער ג' ח"ד סי' יו"ד וז"ל ושאלת' יעקב כתב נכסיו לר' בנו לאחר מיתתו כו' ומת ר' בחיי יעקב ואח"ך מת יעקב ואשת ר' תובעת כתובת' ממתנ' בעלה שקבל מאביו כה"ג ראוי הוא או מוחזק כך ראינו כו' מה טעם מפני דמשעה דנתחייב יעקב לר' קנה ר' גופה של קרקע ויעקב פירות בעלמ' הוא דאית ליה כל ימי חייו כו' דין הוא שתגבה אשת ר' כתובתה מאותן הנכסים ואע"ג דמת ר' בחיי האב ואח"ך מת יעקב אביו יע"ש והרמב"ן בחי' לבתרא פ' י"ן בדקכ"ו הביא מחלוקת בדין זה דלדעת רבי' אפרים ור"ע כל שמתה הבת בחיי הנותן אין הבעל יורש אותה מתנה מאחר דלא קמו ברשותה שעה אחת בחייה הו"ל ראוי וע"ש מ"ש הרמב"ן דאין לסמוך על דבריהם ועי' להר' הכנה"ג ח"מ סי' נו"ר הגה"ט אות ה' ובסי' רע"ח הגה"ט או' ה"י ובא"ה סי' ל' וביד אהרן שם הגה"ט אות י"ג דמתברר מדברי כל הראשונים הללו דלא אמדינן דעת הנותן לו' דדעתו היה דכל שמתה הבת המקבל' שמתנה בחיי הנותן דלא קמו ברשותה אפי' זמן מועט יתבטל חיובו הא לא אמרינן דהא אפי' החולקים שהם ר' אפרים ורב עמרם ז"ל לא אמרו אלא לגבי בעל ומטע' ראוי דמכח ירושת אשתו קא אתי הבעל לירש את אשתו הא אילו הבת הניחה זרע ואח"כ מת הנותן דהבעל לא בא אלא לירש זכות זרעו לכ"ע הבעל זוכ' באותה מתנה ואין הולכה פה לומר דלא תירוש אבי הבת היורשת וא"כ מוכרח שאנו לומר דע"כ לא כתבו כת האחרונים דדיינינן הכי אלא דוקא בגוונא דנדון דידהו דגחית לתנא' וביטא בשפתיו המתחייב דהיכא דמתה בלתי זרע יתבטל החוב ולא יזכה חתנו בעלה של בתו דנמצא דמהדר אביטולא של מתנה או ס"ל לכת האחרונים דהגם דבשעת מיתתה כבר הניח' זרע מ"מ מה בכך סוף סוף הא לא קמו ברשותה לא בבתה ולא בבת בתה ומה שאמר אביה בלא זרע לא בא למעט היכא דאם הניחה זרע לא יתבטל החוב הגם דלא קמו ברשו' אפי' משם שעה אחת דהאומדנא מנגדת סברא הלזו אלא כוונת הנותן הוא לכלול הכל אמנם היכא דהמתנה היא מתנה המוחלטי' בלתי שום תנאי ולא אפי' גילוי מילתא בעלמא כלל בכל כה"ג ליכא מ"ד דאמדינן דעתו של נותן ומה שהוקשה לכם מדין נדוניא הנה דהתם ליכא שום תנאי ולא אפי' שום גילוי מילתא כלל היינו טעמא דהאומדנא דנדוניא הו"ל כמפרש בתנאי דתהנה בתו מאותן המלבושין ותכשיטין שהוא עושה לה דאלימא האומדנא כמובן יעויין בתשו' הרב מ"ה סימן ס"ן

ואם תרצה לחלק ולומר דאין ראיה מתשו' הגאונים ודעימיה דלא דיינינן האומדנ' כל דליכא גילוי דעת דמהדר אביטולא אלא דיקא היכא דהנותן נתן מתנה דבר מסויים או מילי דמטלטלי או מילי דקרקע וגמר ונתן מעתה ומעכ' גופא מהיום דהלה זכיית המקבל מתנה בגוף הדבר עלמית תכף לנתינה דנמצא דנתרוקן זכותו של נותן מגוף הדבר

ברם היכא דאין כאן זכייה של מקבל מתנה חלה בשום דבר וכגון חיוב דמתחייב בסך מה לפרש דאין כאן הקנאת דבר המסוים אלא שעבוד דמשתעבד גופו וממונו לאותו חיוב בהא נימא דדיינינן האומדנא דהא מעין זה רצה לחלק גם כן הרב כנה"ג ז"ל ח"מ סימן ק"ז הגב"י אות י"ב על תשובת מהר"י ווייל ז"ל שכתב דאין אשה גובה כתובתה במה שפסק אבי החתן לתת לו אפילו כתב לו שט"ח על זה בל' הלואה ונרגש הכנה"ג מתשו' הגאונים הנז"ל וכתב ואולי נחלק בין כתב לו שט"ח לכתב לו מתנה יע"ש הרי דלא אלימא חוב כמתנה ועי' להר' בני אברהם ח"מ דט"ל ע"א רמז הר' מט"ש שם הגב"י או' ע"ו ודוק וא"כ אפ' לצדד ולאל' הכי דה' כת אחרונים בחיוב ק"ז מיירו ועי"ן כתבו דאףדהניחה הבת זרע בשעת מיתתה עכ"ו כל שמתה הזרע קודם מיתת הנותן לא ירית לה אביה משום דאזלי' בתר האומדנ' וכאמור הא לא מכרעא כלל הלא דכלל מוסכ' בידינו דאפושי פלוג' לא מפשי' וא"כ דיינו לו' דלא פליג' אלא היכא דביטא בשפתיו הנותן דלא נתן לגמרי ונתרוקן זכו' הנותן כדי שירש חתנו בעל בתו דמהדר אביטולא דשטר ואע"ג דנקיט בלישניה ואם תמות בלי זרע לא דייק בלישניה כנו'

אמנם היכא ליכא נסתמא דליכא קפידא בלישניה כ"ע מודו דלא דיינינן האומדנא אף דהוי חוב ושעבוד בעלמא ולפשטא של לשון הגאונים והראשונים דלא פליגי אלא אם הוא ראוי או לא אבל המתנה אינה חוזרת לנותן וכמ"ש בהדיא הרב החבי"ב שם סי' נו"ר שכתב משם מהרע"י דאפי' לדעת ר"א ור"ע ז"ל לא חוזר המתנה לגבי הנותן אלא יורש הבת יורש אותה המתנה יע"ש

ועוד

ועוד דמלשקלו וטרו מהאי דינא בהאי דינא דחוב אי גבי כתובת אלמנת הבן מקבל מתנה מדין ראוי מוכח דלא דיינינן באומדנא אלא דאין זה הכרח דהא קיימי לתשו' מהר"י וייל דסי' מ' ומהר"י וייל לא חייש לאומדנא בהא אנן בדידן דקיימינן לסברת כת מן האחרונים דס"ל האומדנא אין ראיה מדשקלו וטרו בהאי דינא דחוב אי גבי כתובה הוי ראוי מאחר דהנה הנס שקלו וטרו לתשו' מהר"י וייל דסי' מ' ואמרינן מאחר דמהר"י וייל לא ס"ל האומדנא מה"ה נקטו טעמא דראוי אף שיהיה באופן דלא מלי' דס"ל דאמדינן אומדנא הנזו הגם דלא גילה בשפתיו שום גילוי מילתא אין אומר ואין דברים וזה לא מלינו

ואברא דאחר החיפוש היטב ראיתי להרשב"ש בתשו' סימן רע"ו דנשאל על אשה דניסת ליעקב והיתה לה בנה מבעל הראשון ונתחייב יעקב ... לבנה ... המות אמו ... בהיי בעלה ואחר זמן מתה האשה כנז' ואח"כ מת הבן המקבל מתנה ובאו יורשי הבן לירש החוב כו' והשיב וז"ל מיהו אם גבה הבן הזה ומת יורשיו יורשי' אותו אלא דנדם דמחוסר גוביינא דעדיין לא נתנלו בעל אמו כלום שהוא לא קבל עליו ליתן אלא לבן והבן כבר מת אין ליורשיו שום זכות בהם ועוד דבמתנה אומדין דעת הנותן כו' אע"פ שלא פירש ובלי ספק שזה הבעל והאשה לא עלו ע"ד שאם ימות הבן אחר אמו קודם שיגבה המעות שיטלום יורשיו לפי שעיק' המתנה לא היה אלא כדי שימלא הבן איזה דבר להתפרנס בו כו' וזה דבר ברור הוא מכח האומדנא דמוכח למי שרוצה להביט בעין האמת עכ"ל

הרי לכאורה דמשמעתנו הרשב"ש ז"ל דהגם דכבר חל שעבוד וחיוב המתנה דכבר מתה האם קודם מיתת הבן המקבל מתנ' עכ"ז לא זכו יורשי הבן מאחר דגדול כח אומדנא דלא נתכוונו הנותנים אלא ע"מ שיהנה מי שנתכוונו לו ועל ידו אחריו ירש את וכוחו ורעו אחריו אבל כדי שיחרוקן וכותם מרשות הנותנים לרשות יורשי המקבל מתנה והמקבל מתנה גופיה לא יאכל ולא יהנה מגוף של המתנ' זה לא עלו ע"ד של הנותנים וא"כ כ"ש בנ"ד דעדיין לא חלה הגביה בשעת מיתת המקבל מתנה גופיה יען דעדין הנותן היה היה חי על האדמה בשעת מיתת המקבל והאמת דלכאורה מהמע דפליגי הרשב"ש על מהר"י וייל והאחרונים הנז"ל דעד כאן לא פליגי הרב הינוך ב"י ודעימיה עם מהרי"ו ודעימיה אלא מפני דמתה הבת בחיי אביה הא אם מת אביה הנותן ואח"ך מתה הבת הכף ומיד ולא זכתה לגבות חיוב המתנה שנתן לה אביה מפיד הלה זכיית הבעל הף שהוא איש נכרי לגבי הנותן הגם הראינו דמיסדר הגיעולא דלא יעבור לאיש נכרי. אלא דבהעדר המקבל מתנה תתבטל המתנה עכ"ז כל היכא שמת הנותן והלה השעבוד והחיוב על המקבל מתנה אף דמחוסר גוביינא למקבל מתנה שלא הספי' לגבות עד שמת לא דיינינן באומדנא

וכבת הרי הרשב"ש עצמו נשאל בסי' קל"ה על אשה א' שנתנה במתנ' לבתה מהיו' ולאח"מ

דבר מה כו' ומתה הבת קודם מיתת הזקנה והניח'בן ואח"כ מתה הזקנ' ובא בן הבת כו' והשיב דאינו הבת יש לו זכות כו' מטעם דכל שכתוב מהיום ולאח"מ לא זכי אלא לאחר מיתה ונדון זה כבר מתה הבת קודם מיתת הזקנ' ולא זכתה עכ"ל וטעמא דלא מתה הזקנ' קודם הא מתה הזקנ' קודם אף דאח"ך תכף ומיד מתה הבת הבת לא נהנה מן המתנה ש"מ כלל לא דיינינן האומדנא הנז' אין זה תימא דהכא בסי' קל"ה לא היה חוב אלא הקנאת ממון ומטלט' ואילו היה מתה זקנה קודם כבר נתרוקן וכותה מרשות הנותנת לרשו' המקבל מתנה תכף ומיד ואינו מחוסר גוביינא לא כן במתחייב ש"מ הגם דהחיוב החלטי והפרעון הוי בעה אחת ק"מ מ"מ הרי מחוסר גוביינ' וס"ל להרשב"ש שם בסי' רע"ו הגם דכבר מת הנותן קודם מ"מ הרי לא נשלם הוציה לגמרי דהרי לא בא עדין לרשות המ"מ דהרי רשות אחרים עליו אבל בהקנאת ממון כל היכא דאיתיה ברשות המקבל איתיה

אמנם בתשו' הלזו דסי' קל"ה יש לדקדק בה דמלבד דמדברי הראשונים שכתבנו למעלה הויין איוכתיה דאפי' לדעת ר"א ור"ע לא אתו עלה אלא מטעם ראוי ואמור גם יש לדקדק בה דמה דמות יערוך בהיא סוגיא דפ"ק דאמרי' איזהו מ"ב שהיא כמתנת ש"מ כו' וכבר קדמוני בזה הרב מהר"א יצחק ז"ל בס' קול אליהו ח"מ סי' ח' ובס' הכ"מ מט"ש ה"ג סי' נ"ר הג"הט אות י"ג ובסי' רמ"ו הג"הט אות כ"ז וי"ו יע"ש

אלא דאיכא למימר דאין קו' מת' הרשב"ש דסי' רע"ו לענין נ"ד דכבר פירש שם הרשב"ש ז"ל דיסודו הוא מטעם דלא נתחייב הנותן אלא דוקא לשם המקבל דקי"ל לו ולא ליורשיו אמנם בנ"ד דכתוב בשטר חיוב ותקף עליו באחריות ושעבוד כו' אגב ד' אמות קרקע שהקנה לו ולב"ך כתחו"ל כו' הכל בנאמנות גמורה על המקבל מתנה וב"ך עליו ועב"כ כו' וכמו שבא בשאלה א"כ הרי החיוב והשעבוד שנשתעבד הנותן לא הקפיד שלא יחול אלא דוק' לבן אחותו אלא לו ולב"ך וכמו שהעתי הרמי' הרשב"ש בסי' י"ב דזאת היא הא דרימז לן הרשב"ש שם בסי' רע"ו וכי תימא הרי אין כתוב בנוסח השטר החיוב המוגב קמן דנתחייב הנותן לבן אחותו הר"ן ולב"ך אלא דנתחייב לבן אהותו הר"ן ונאמר דלא נתכוון הנותן אלא דוקא לבן אחותו ולא לב"ך ותרלה לו' לפוס דינא דאף בהחיוב הלישי נאמר האי דינא דלו ולא לב"ך היפך ס' הרב מהרימ"ט וכמו שבא בארוכה בגדולי אחרונים איש על מקומו יעויין להרב פאת נגב ה"מ סי' ע"ו ולהרב מנחם יו"ט סי' ל"א דהביא מדברי הר"ז והרא"ה והריטב"א לפי מי שהיה נמי דקיימי כסברת הרב מהרימ"ט ז"ל דבחיוב לא אמרינן לו ולא ליורשיו וסיים בדקי"ח ע"ג ואין ס' כו' ונא קי"ג כס' האחרונים יע"ש ולא הזכירו רבני האחרונים ז"ל תשו' הרשב"ש הלזו דסי' רע"ו דס"ל היפך דאף בחיוב נאמר האי כלל דלו ולא ליורשיו וכן מתברר מאותה תשו' דסי' י"ב דלא מיעט אלא דוקא חוב שחייב לו מן הדין יע"ש וע' להרב חק"ל ח"ה סי' מ"ד דנ"ב ע"ד שכתב ע"ד מהרימ"ט ואחריו נמשכו

נמצאו קנאת מרבני הדרוניר ז"ל אלא לרואה אני דאין זה מוסכם ויש סוברים דאף בחיוב אמרי' לו ולא ליורשיו כמ"ש במ"א עכ"ד ודוק (וע"ש ועי' עוד לרבינו המחבר לקמן סי' מ"ה דסקיל וטרי במי' כדנא כאשר עיניך תחזינה מישרים) מ"מ הא לא מכרעה דהא מאחר דכתוב בשטרא דנא ונאמנות גמורה על המ"ת וב"ך על הנותן וב"כ כו' כבר יאסב' לן הרב פמ"א ח"ב סי' א' דאף דאינו כתוב בעיקר המתנה ב"כ אם הזכיר בנאמנות למקבל מתנה וב"ך ודאי כי זיכה גם לב"ך של מקבל מתנ' וליורשיו יע"ש ואף דהוה אפשר לדחוק ולמימר דכונת הנאמנות למקבל מתנה ולב"ך היינו היכא דלא הספי' לגבות המקבל מתנה אחר מיתת הנותן ולעולם בשע' מיתת הנותן היה חי על האדמ' המ"ת וכבר חלה לגמרי המתנה אלא דלא הספיק המ"ת לגבות עד שמת אוי לריך הנאמנות של ב"ך של מקבלי מתנה היכא ששם באים לגבות מב"ך של נותן מ"מ משמיין דרב גונרי' אמרה ועוד דבנ"ד עדיפ' שכתוב בשטר שהקנה ד"א לו ולב"ך כו' דנמצא דהנותן מהדר אזכיה של קנין ד"א קרקע בין למקבל מתנה ובין לב"ך ואם כונת הנותן לא היה אלא דוקא לבן אחותו ולא לב"ך של מקבלי מתנה דהיינו בן אחותו למאי אצטריך ההקנאה של ד"א לב"כ.

באופן דבנ"ד ליכא חברה מחכו' הרשב"ש הנ"ל וכאמור אלא דאם באנו לידי מידה זו דמכח ההקנאה של קנין אגב ד"א קרקע לב"כ מוכרח דלו ולב"ך ה"כ בנ"ד יש להקור במ"ש הרשב"ש שם סי' י"ב ז"ל וכל הדרכי' שאמרנו דמועי' לבנו ולזרעו אחריו וליורשיו ולמאי דאתי מאמתיה דוקא שהיה בעולם לשעת הקנין אבלכו' יע"ש בנלע"ד כתבתי

הצעיר **אליעזר די טולידו**

סימן לא

שאלה ראובן בא לבית שמעון בעולו נושה והמתין עד שמת שמעון ותכף ומיד תפש מנכסי שמעון בטענה דשמעון חייב לו מלוה ע"פ וקודם יציאת ראובן מבית שמעון והמטלטלין עודן בידו באו קרובי ש' ולא הניחוהו לצאת ותפשו שניהם הנכסים שהיו בידו והיו אוחזין במטלטלין ר' וקרובי שמעון והניחו המטלטלין ביד הכם א' מהכמי ב"ד עד עמדם יחדיו למשפט ועל פיהם יקום דבר וקרובי שמעון הוסירו לדיין הנפקד אזהרת הכם דלא יסלק השגחתו מהפקדון יען שראובן הוא קרוב לבי' הכם והוא יכול לבא לביתו ולתת מקומות יבא לבית ההכם ותהיה ידו לתפוש ובהלם נר"ו שסיבו לקרוב שמעון אל ההוא לזה ואני על משמרתי אעמוד' ולא היו ימים מועטים שהלכו בני ביתו של ההכם בנו' וסגרו הבית במנעול ומפתח כנהוג ומסרו המפתח ביד השכנים ובא ראובן ושאל המפתח מיד השכנים כדי לפתוח הבית והשכנים נתנו לו המפתח תכף לשואלו יען כי ראובן הוא קרוב ויולא ונכנס שם ובא אל הבית ונכנס במקום שנכנס ונטל המטלטלין והצניעם ברשות אחר ואכ' ומיד באו והגידו לו לקרובי שמעון והביאו לראובן לפני ב"ד רבה והב"ד תכף תפיסה אחרו שיחזירם המטלטלים לרשות הרא' בבית הדיין כאשר היתה באמנה ור' לא הטה און כלל והקרים לפני ב"ד ע"ד שעלה חרון אף מני דינא רבה והחרימוהו ושגרו אנ"חו של ראובן ועל ידי זה מסר המטלט' בבית הדיין כאשר היתה באמנה ויהי היום שבא להאדיין והב"ד מינו אפוטרופוס לשאול הגיעו אם ראובן נאמן שיש לו לגבי שמעון שך מה או לא ושלנו"ה

תשובה הנה דנ"ד לכאורה הנה הוא בא בדברי מהרימ"ט ח"מ סימן נ"ג וכתב כל תופס בפני עדים שלא מדעת באנו למחלוק' הראשונים ז"ל אי מלי טעין האורתי ונהי דאי טען האורתי לא היה כח להוציא מידו כיון דפלוגתא דרבוותא היא ומלי למימר קי"ל מ"מ השתא דמודה שהיא בידו אלא שטוען שתופסן בחובו לא מהימן בהאי טענה אלא מטעם מיגו יש מקום לומר שאינו נאמן בטענת האורתי דכיון דהוי פלוגתא דרבוותא אינו טוען כן ברלון וכמ"ש הרדב"ז כו' הרי הורה זקן וגדול הדור ז"ל עכ"ל והרב הכנה"ג סימן ס"ו הגה"ט"ו אות מ"ו כתב וכבר הוסכם מגדולי המורים הרדב"ז כו' דמיגו שיאמר טענה שהיא מחלוקת בין הפוסקים ז"ל לא אמרינן וע' להרב במ"ש סימן פ"ב הגה"ט"ו אות קע"ט ובסימן ל' הגה"ט"ו אות י"ב וא"כ בנ"ד נמי לכאורה אף דליכא ראה אלא דתפס בעדי' אינו נאמן לומר חייב לי אביהם ש"מ במיגו דהאורתי וכאמור

אלא דאין כלל זה מוסכם כמ"ש הרב פ"מ בחשו' ח"ב סימן ע"א ורימזו הרב דברי אמת דל"ז ע"ב והרב מט"ש סימן פ"ב הגה"ט אות קי"א כתב דלדינא נקוט מיהא דכלל זה במחלוק' הוא שנוי ומלי המוחזק לומר קי"ל יע"ש

וכ"ת יש להיבו לראובן בנ"ד מאחר דתפשו מיד הנפקד וכתב הרא"ש כלל ק"ו הביא דבריו מהרימ"ט שם דנפקד שמסר פקדון של ראובן לשמעון ועכבו שמעון בטענת חוב דלא הוי תפיסה מאחר דהיורשים תובעים את הנפקד כו' יע"ש ומינה למד הרב מהרימ"ט לנדון דידי' דמפקי' מיד התופס יע"ש דהא ליתא לנ"ד דלא כתבו כן אלא היכא דהנפקד מסריה ניהליה ביד מי שהוא תפוש השתא וכנדון הרא"ש ז"ל לא כן בנ"ד דהנפק' הדיין מאי הוי למיעבד הא נעריה כדנטרי אינשי ולא פשע במה שבני ביתו של הנפקד מסרו המפת' ביד השכנים והנם דנדון הרב מהרימ"ט ז"ל נמי הטע' התופס למוכס באומרו דהסחורה היא שלו ועכ"ז כתב שם ז"ל וכ"ש בנ"ד דבעלילה בא לתפוש הבגדים מיד הנפקד דמלי א"ל נפקד לאו כל כמינך לאפסודי לדידי יע"ש התם נמי היינו טעמא משום דכל מוכס איבעי ליה לאסוקי אדעתיה מי ומי ההולכי' למקום המכס ליטול את שלו למיחש מיהא בעיא שמא יבוא זו רמאים ליטול מה שאינו שלהם ואף

חקשה

קשה מעובדא דהבוא בקרא דבקשה עליה מהרימ"ט ותירצה לפום סברת הרא"ש והשם החופש נכנ' לביתו של רועה ותפסיה לתורא בחוקה וכמ"ש רש"י והתוס' והרא"ש שם יע"ש בקרא שאני דלפום דינא חייב כמ"ש הריטב"א שם וז"ל ומשתברא דבקרא חייב לשל' ליתומים דהא ש"ש דיתמי הוא יע"ש וכל זה שכתבתי הוא לשיטת הרא"ש אמנם הריטב"א שייס שם וז"ל ושמעינן מהכא דראובן שהיו לו מטלטלין ברשות ש' בפקדון או בשאלה ובא יהודה ותפס מרשות המעון וטוען שיש לו חוב אצל ראובן תפיסתו תפיסה כל היכא דאית ליה מיגו כו' ודינו של ראובן הוא עם שמעון דאתפיסנהו כו' ואעפ"כ שרשור כו' יע"ש ׳ הנה מריהטא דלישנא לאורב אמת ויבר דהחופש זכה בתפיסתו ולא אמרינן מאחר דנפקד מחייב לשלומי לבעלים הל' דתפס נכסי הנפקד וכדעת הרא"ש ואע"ג דמהרימ"ט כבר תירצה לישנא דהרא"ש דפרק הכותב היינו מאחר דמלינו להרא"ש בתשו' דס"ל הכי מתרלינן דיבוריה כי היכי דלא תקשה ליה ולא ליהוו סתראי נרס דברי הריטב"א ז"ל הוי כפשטן ומכמעוהן ומש"כ הריטב"א ודינו של ראובן הוא עם שמעון מטעמא דאתפיסנהו כו' היינו בנפקד ש"ש כמובן שם

עוד דזה שכתבתי להוכיח מדברי הריטב"א דפליג על הרא"ש דהגם דהנפקד חייב לשלם למפקיד זכה התופש ושלא כדעת הרא"ש הנה אחר החיפוש ראיתי בתשו' מהרימ"ט ה"א סימן ע"ב דהביא תשו' הריטב"א הביאה מרן ז"ל סימן פ"ג מהו' י"ב דכתב בהדיא דאם לוי תפס מרשות הנפקד תפיסתו תפיסה ואידך חייב לשלם כו' יע"ש וע' גם להרב כנה"ג הגב"י ובמט"ש שם הגב"י אות ב' מ"ש משם האחרונים ז"ל בפרט הלז אי מלי התופס לומר קי"ל כהריטב"א יע"ש (**אה"ה** עיין להרב המחבר ז"ל לקמן סימן ל"ג דעמד במקלוע הלז והביא דברי הראשונים והאחרונים בזה ונמצא הנך לס' הריטב"א הלזו ומסי' שם דמלי למימר קי"ל כו' יע"ש) וא"כ נמצא דגם מטעם זה פטור ר' בנ"ד

אלא מטעמא אחרינא נראה דאינו נאמן רא"ו' לטעון במיגו דהחזרתי דלא שייך האי מיגה בנ"ד מתרי טעמי האחת הפשוטה בשאל' דתב' ומיד שתפס ר' המטלטלין באו לפני ב"ד רבה וכה השיבו לראובן שיחזירם למקום שנטלם והוא התרים כנגדם ולא השה אזנו על שהכריזו בשוקי' וברחובו' ואז החזירם למקומם הראשון דנמצא דליכא תחת האפשר למטען אחר שתפסתים נתפרעתי והחזרתים הטעם הב' דע"כ לא אמרינן דנאמן התופ' במיגו דהחזרתי היינו היכא דישנו תחת האפשר דנתפרע והחזיר משום דלמיסדר קיימא דלא טען מעיקרא בהם שלו כדי שנאמר דלא מהימן בטענת החזרתי משום דסותר טענתו קמייתא וכמ"ש הרב פ"מ שם סימן ע"א דקל"ב ע"ג דסברת ר"י ז"ל דהבי' ההגהו' אשיר"י היא מוסכמת מאחר דטען מעיקרא טענת מכירה או מתנה איך אפשר למטען החזרתי ויעויין להרב כאת נגב ח"מ סימן ג' מאי דרימו לזה האמנם היכא דלא טעין מעיקרא אלא מכני חוב נאמן

בטענת החזרתי כמבואר בדברי הרב פ"מ שם והרב פאת נגב שם

ברם בנ"ד היכי הוה אפשר למיטען טענת החזרתי' דלמא והחזיר אי החזירו למקו' אשר ממנו נטל אינ' טענה וכמ"ש הרב מהר"י בנבנשת ז"ל שבתשו' הרב מהרימ"ט סימן ל"ו וז"ל דאפי' יהא כדבריו שהחזירן הרי הן באחריותו ואם נגנב או נאבד עליו לשלם שהרי גזלן הוא שירד לנכסי יתומי' שלא ברשו' ב"ד וכמ"ש הרא"ש מלוה שירד מעצמו לנכסי יתו' קודם שתבען לדין גזלן הוי דאין נפרעין מנכסי יתומים אלא בשבועה וקודם שישבע אין לו שום זכות בהם כו' יע"ש

והגם דהרב תומת ישרים הביא לדבריו הרב הכנה"ג סימן ל' שכתב משם תשו' הרא"ש בחוט' חפץ מחבירו בשביל שהוא חייב לו ומעכבו בידו בשביל חוב דלא מיקרי גזלן ונאמן לומר החזרתי יע"ש כבר תרגמה הרב הכנה"ג שם דיש לחלק בין תופס מהלוה עצמו לתופס מרשות היתומים או מיד השות' שלהשיע"ש ובס' מט"ש שם הגב"י או' יו"ד גם מהרימ"ט שם סימן ל"ו כתב ע"ד מהר"י בנבנשת ז"ל וז"ל ואם נאמר שיטעון שהחזירם למקום שנטלם יפה הורם החכם הפוסק למעת שנטלם קמו ליה ברשותי' כו'

הרי דלמדנו מב' המאורות הרב ותלמידו ז"ל דכל תופס בשביל חוב מרשות היתומים אף דליכא ראה לא מלי למטען החזרתי א"כ בנ"ד נמי לא מהימנינן ליה לראובן בטענתו ׳ במיגו דהחזרתי למקום שנטלטים ׳ וכ"ש אם באנו לתשו' הרדב"ז אלפים ח"א סימן מו"ר שכתב וז"ל והוי יודע דבמיגו דהחזרתי אני סובר שיש חילוק דאם התפי' היתה קודם שאירע המעשה אית ליה מיגו טוב אבל אם התפיסה היתה אחר שאירע המעשה אין זה מיגו טוב דהוי כמיגו במקום עדים דאנן סהדי כיון שיש לו דין ודברים עם שמעון לא החזיר עד שיתברר דינו עכ"ל ולפי דברי הרדב"ז הללו בנ"ד לא מהימנינן ליה לראובן מאחר דהתפיסה היתה אחר שהופקד ביד הנפקד בשביל חובו היכי מלי טעין החזרתי מאחר דאית ליה לגבי היתומים מלוה ודין ודברים

ואיברא דמדברי הראשו' ז"ל הר"ן והריטב"א והרשב"א שכתב הרב בא"ו פ' הכות' גבי עובדא דההוא בקרא דכתבו דאי הוה עדים דתפים בלחוד ולא ידעינן אי מחיים אי לאח' מיתה נאמן התופש דמחיים תפסיה בשביל חובו במיגו דהחזרתי יע"ש מוכח מדבריהם לפום פשטן דהגם דאית ליה לתופס דין ודברים במאי דקא תפיס מהימנינן ליה במיגו דהחזרתי וסגם דהתם בתשו' מהרימ"ט דרך דרכו בסברה הלזו של הרדב"ז ומטי' כיון דסבור שעשה כדין דקים ליה בגויה שהי' חייב לו אינו יעשה להחזיר אלא עפ"י ב"ד דמחייבי ליה כו' ונרגש הרב ז"ל מעובדא דבקרא עפ"י שיטת הר"ן ז"ל וכתב וז"ל דשאם לבכי א"ל אית לקסהדי דלאח"מ תפסיה דשמא לא אמר בשעת תפיסה דבחובו לקחו אלא שתקפו והלך לו והיה יכול לטעון החזרתי דשלא כדין היה ע"כ ומילתא עלתה ארוכה לתשו' הרדב"ז

הרדב"ז אלא שאני מגמגם מה שנסתייע מדברי התו' דמלאה הטו לטענת החזרתי לא מהימן יע"ש דאימא דס"ל ככל הפוסקים דהגוזל כו' צריך להחזיר לו בעדים ומש"ה לא חשו התוס' לטענת החזרתי וכן ראיתי להר' כנה"ג סי' ל' הגה"י אות י"א שכתב דמדברי התו' יש להוכיח דס"ל דהגוזל את חברו בעדי' צריך להחזיר לו בעדים וכ"כ משם מהרש"ח דהכריח כן מדברי הרא"ש ושוב דחה וכתב דאין ראיה מדברי התוס' כו' דאימא דאה"ן דאם טען הכי מהימן אבל טענת אחרת במיגו דהחזרתי ליה כס' הר' נתן ב"מ יע"ש ואיברא דיש לדקדק על הכנה"ג הללו דאמאי לא עלה בזכרונו דברי רבו דהוכיח מדברי התוס' דלא כשיטתו מה שנסתייע מהרימ"ט מתשו' הרא"ש ז"ל דכתב דיאודה אינו נאמן במיגו דהחזרתי דלא שייך הכא מיגו כי הוא אומ' שקבלם בחובו ולמה יחזירם ופי' דבריו מהרימ"ט דמאח' שלקח' בפני עדים בטענה שאביהם היה חייב לו שוב היכי מצי לומר החזרתי למה יחזיר ע"כ ולדידי יש לעמוד מאותה תשו' הרא"ש הנז"ל שהביאה הרב ח"י נמי שהוטף הכף מחבירו בשביל שהוא חייב ומעכבו בידו לא מקרי גזלן ונאמן לומר החזרתי יע"ש הרי דאף בטענת דבעל חובו ויש לו דין ודברים בממון זה עשוי להחזיר מאחר דאימא דנתפרע אלא לדידי ניחא דאותה תשו' הרא"ש דכלל ע"ע היינו טעמא דהשיב הרא"ש דאינו נאמן משום דבתור' פרעון נתנו ומסרו בידו מעות בעין א"כ היכי מצי למיהדר זוזי שפרעו דלמה יחזיר אחר שפרעו פרעון גמור ושלם לא כן בהוטף וגם שהוא חפץ ולא ממון דלפום דינא לא מצי לנוטלו כל כמה דהלה פורעו ולמיהדר קאי מש"ה שפיר מצי טעין זה החזרתי מעין מ"ש הרב מהרימ"ט ח"א סי' ע"ב וז"ל ובעניותי נראה דעיני כו' שכל שאינו תופס החפץ שהוא שלו אלא דבא בטענת חוב כו' יע"ש דבריו וע' להר' פמ"א ח"ב סוף סי' כ"ו ולהרב פאת נגב סי' הנז"ל ובס' מע"ש סי' פ"ב הנ"בע אות ס' דהביא דברי הרדב"ז והביא תשו' הרא"ש הנז"ל לסיועי לדבריו וכמו שהביאה מהרימ"ט ואין הפנאי מסכים לעמוד בהאי כללא

ואיך שיהיה למאי דאתאן לנ"ד לא מהימנינן ליה לר' בטענת החזרתי וכאמור למעלה מדברי מהרימ"ט ותלמידו מהרי"ב דלמאן דהחזיר אי בשוירו למקום שנעלם הא ברשותיה קאי ואי הוי' ליד היתומים הא לאו בני תורה וכמ"ש מהרי"ב ז"ל ומהרימ"ט שם ובק"א סי' ק"ה וכ"ש דיתומים דנ"ד דעדיין לא הגיעו אפי' לעונת הפעוטות והוא כגן שלם ואי החזיר לאפוטרו' עדיין לא מנו ב"ד אפוטרופוס וכמ"ש הרבנים ז"ל והנלע"ד כתבתי נאום

הצעיר **אליעזר די טולידו**

סימן לב

שאלה ר' שלקח בתורת הכשר ס"מ מש'ולוי ומשכן חנות אחת בידם והעביר את ידיק החנות בפנקס המוטבילי על שם שמעון מפני שכך התנו ביניהם ש'ולוי דעד שכל יתפרע ש' בשלמו' חובו מאי דנוגע לו אח"ך יתפרע לוי חובו אשר מטעם זה העברת המוטיב'ילי יהיה על שם ש' דוקא וכאשר יגבה חובו ע"ש פ"ק יחזור ש' ויכתבנו על שם לוי בפנקס המוטיב'ילי וכבר קיימו תנאם ונתפרע ש' חובו בשלמות ובא רעהו לוי וחקר ודרש מאת ש' שיכתוב ש' ללוי לפחות שטר אמנה איך כל מה שכתו' בפנקס המוטיב'ילי על שמו של ש' אינו אלא בתור' אמנה אך באמת הוא דהוא וזכותו של לוי והודה לו שמעון לכתוב לו שטר אמנה הגם דש' היה לו ס"מ אצל ר' דהלוה לו עוד ש' אחר דכבר נתפרע חוב הראשון עכ"ז לא כיחש לו ש' ללוי שלא לכתוב לו שטר אמנה ע"ש לוי ובעוונות דלא היו ימים מועטים נפטר ש' ובא לוי אצל בניו של ש' שיכתב על שמו בפנקס המוטי' על שם לוי לבדו ובני שמעון באו בטענה דידם אוחזת שלא לכתוב בפנקס המוטיב'ילי על שם לוי מאחר דלהם נמי חייב ר' ס"מ ואיך יכתבו ע"ש לוי מילתא דהיא מוחזקת תחת ידם ויקרבו את משפטן לפני ב"ד ולהורות להם את הדרך ילכו בה להוצי' לאור משפטן

תשובה אשיב בדרך קצרה כפי מה שרשום בזכרוני והוא אילו הוה מילת' כדנא לגבי ש' בעודו בחיים והיה תובע ממנו לוי שיעבירנו ע"ש בפנקס המוטיב'ילי לפום דינא הוה מחוייב ש' להעבירו בפנקס המוטיב'ילי ע"ש לוי דהא בשותפו' לקחו אלא דלסיבת מה שהסכים לוי מעיקר' לכותבו כולו ע"ש ש' עתה דנתבטל הסיבה מחייבי' ליה להזור ולהכתיבו ע"ש שותפו ולכאורה כבר בא מילתא כדנא מפורש יוצא בתשו' הרב מהרימ"ט ז"ל ח"מ סימן כ"ט בראובן ושמעון שלקחו חזקת הבתים בשותפות והוצרך ש' לכתוב חלקו בפנקס המוטיב'ילי ע"ש ר' שותפו מטעם דש' הוה המוך בגים כו' ולימים מת ר' וחתנו של ר' היה רוצה לזכות בכל הבית יען דכל הבית היא כתובה ע"ש חמיו ר' כו' והשיב שם בסו"ד וז"ל ואם היה קיים הר' יצחק היו כופין אותו שיכתוב לו שטר הודאה ואע"ג כו' הלוקח בשם ר"ג כו' היינו מטעמא דאיכא זילותא דעושין אותו כמוכר שדות כו' אבל בהודאה דליכא זילותא כופין יע"ש הרי דהדבר הנלקח בשות' ולסיבת מה שנכתב בפנקס המוטיבילי לשם האחד כופין אותו שיכתוב שטר הודאה אבל שטר מכר לא כייפינן דאיכא זילותא ובנ"ד מאחר דאיכא שטרא דראובן לקח מש' ולוי ס"מ ומשכן ביד שניהם ידי'ק החנות באופן דהדבר מגולה לכל דאין כל ידי'ק החנות הוא כולו של ש' אלא יד שניהם ש'ולוי שוה בו א"כ שפיר כייפינן לשמעון שיכתבנו בפנקס המוטיב'ילי על שם לוי מאחר דש' כבר נתפרע מן ר' כל זכותו ועוד מטעמ' דכבר בררו לבריהם מעיקרא דאחר נטילת כל זכותו יחזור ש' לכתוב את הידיק הנז' בפנקס המוטיב'ילי ע"ש לוי ואדעתא דהכי נחית לוי מעיקרא להלוות לו לר' על שמקהנו' וא"כ מאחר דלפו' דינא הוה מחייבי' ליה לש' הנז' להעבירו בפנקס המוטיב'ילי ע"ש לוי שותפו מינה נמי לחייבין היורשים יורשי ש' להעבירו את הידי'ק ע"ש לוי

וכי תימא א"כ דחיישינן ליורשים הרי הרב מהרימ"ט ז"ל לא ס"ל הכי דהא שייסדבריו וז"ל וגם עתה שמת הדבר נכון שיכתבו לו ראשי הקהל איך הר' יעקב הוא מוחזק בדירה עם יורשי הר' יצחק כו' יע"ש ויע"ש ויע"מ הטיל הרב ז"ל החיוב על ראשי הקהל ולא הטילם על יורשי הר' יצחק הנאים מכחו הרואה יראה דהא לא מכרעא דאפשר דיורשי הר' יצחק לא לייתי לדינא והיו נותנים כת"ס מלהעבירו ע"ש מי שרצה הר' יעקב אבכח אנפא רויחא הרב ז"ל ושוב מצאתי להרב מהרי"ש הלוי ז"ל ח"מ סימן י"ט דנשאל על נדון עצמו בנשאל הרב מהרימ"ט והשיב דמחוייבים הר' יצחק וב"ך לחזור ולהעבירו בפנקס המוטיב'ילי ע"ש הר' יעקב כו' ואם יתנו ב"ך כה"ס וילכו בעש"ג לזכות בבתים כו' ע"כ הרי דפשיטא ליה להרב ז"ל דדינא הוא דבין המורים בעודו בחיים ובין יורשיו הבאים מכחו היובא המיא עלייהו להעבירו בפנקס המוטיב'ילי על שם בעליו וגם למדנו מדברי הרב דהאמת היה שיה דיורשי הר' יצחק לא היו הולכים כדת משה וישראל וכמ"ש ע"ד הרב מהרימ"ט

ועוד יש להוכיח כן דמה שהטיל הרב ז"ל החיוב על ראשי הקהל ולא על יורשיו היינו טעמא דנתנו כת"ס וכנו' דהא גדולה מזו אסברא לן הרב מהרימ"ט גופיה והביא דבריו הרב פ"מ ח"ב סימן ע"ו במי שמת והניח בנים ובנות ובכל' עזבונו הניח בתים וחנויות ובנימוסי היטמיע' חולקין הבנות עם הבנים והוה מחייב הרב מהרימ"ט לבנות להעביר חלקם בפנקס המוטיב'ילי ע"ש האחים הינם אין כסף מדין השבת אבידה דלא כסברת הר' מהר"י באסן ז"ל דהוה פטור לבנות לחזור ולהכתיב חלקם על שם אחיהם יע"ש וביאר דבריו הרב נכדו מהר"א הלפאנדארי בס' אליהו רבא וזוטא בח"מ' סימן כ"ו דס"ה ע"ד דלעולם דגם מו"ה מודה דאין לבנות שום זכות בקרקע אביהן כלל ועיקר והרי הן כנכריות בממון אביהן וכל מה שהיינ מו"ה לאחים לרבו' את היורשין אינו אלא מתורת ש"ס כו' והנראה לכי הבערתי שהוא כמו יו"ד ל"ק מתה בנוגע להכן עכ"ד

הגה מפורש יוצא דפשיטא ליה להרב מהרימ"ט דמדין השבת אבידה מחוייב האדם אפילו האחים והאד האשה ביעריה את עצמו להוציא ממון חבירו שלא יבא לו שום נזק אי איתיה בידיה ומינה אותה הכו' דסימן כ"ע דהטיל החיוב על ראשי הקהל ולא על היורשים היינו מטעמא דכתיבנא י וכ"ת הם בהנו לידי מידה ואת הרי הרב מהר"י באסן ז"ל חלוק עליו וס"ל דאין לחייבם לבנות להכתיב חלקם בפנקס המוטיב'ילי ומינה בנ"ד דאין בנו כח לחייבם את בני שמעון

הא לא מכרעא דאיכא למדהי דטעמא דס"ל להרב מהר"י"ב דכעורות הבנות להכתי' את חלקם ע"ש אחיהם היינו משום דכל הכודה בת מלך כנימה לא כן בנ"ד דמהייבינן להו מדין השב' אביד' ואין טענתם טענה למימר דמאחר דגם הם צריכין ש"מ מרהון והכ מוחזקים תחת ידם שלא להעבירו בפנקס המוטיב'ילי על שם לוי א"כ מה כחו של לוי נהוגיא מהאת ידכ האי זכותא דקיימא בידייהו הא לא מכרעא דהא כבר ידוע מה שעלתה הסכמתן של גדולי אחרוני' ז"ל דאין כתיבת בפנקס המוטיב'ילי ע"ש מי שהוא אשיב מוחזק וגדולה מזו אסברא לן הרב בני אברהם ז"ל ח"מ סימן נ"א על ראובן שהעביר קרקע שלו ע"ש שמעון והתנה ראובן עם שמ' שאם עד זמן פ' יתן ראובן החפ' יחזיר לו הקרק' ויכתיבנו ע"ש ואם יעבור מהזמן שימכור הקרקע ויתפר' ממנו מנה והשאר יתן לו ועבר הזמן ומכר שמעון הקרקע ללוי וראובן רוצה ליתן החפ' וליטול הקרקע בטענת אסמכתא כו' והשיב וז"ל דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא כו' מ"ק הוא המוחזק ואעפ"י שהקרק' נכת' ע"ש שמעון בפנקס המוטיב'לי מסתברא דזה אינו מעלה ומוריד שיקרא שמעון מוחזק כו' וע' להרב ברוך אנג'יל כו' יע"ש הרי דהגם דמעיקרא של כתיבת המוטיב'ילי לא היה בתורת אמנה אלא לענין שיתפר' ממנו אם לא יתן לו החפ' בזמנו ויגבה חובו דנמל' דבתורת בטחון נכתב לו אפי"ה לא חשיב מוחז' מטע' הכתיב'

ואיברא דראיתי להרב ידיו ש"מ ז"ל הנ"מ ח"מ סימן ח' דפסק להיפך דכל היכא דמה שהעבירו הבתים ע"ש האשה בפנקס המוטי' לבטחון ולמשכון כו' ואע"' שכתב דכתי' בפנקס לא חשיב מוחזק הכא שאני דהעבירו לבטחון ולאפותיקי כו' והאריך הרב שם יע"ש וזה הפך פסקו של הרב בני אברהם להגם דעיקר הכתיבה בפנקס כו' נכתב לפרעון החוב עכ"ו פשיט ליה להרב ז"ל דאין כאן דין מוחזק ולפום ריהטא נראה דלא שלטא ביה עינא דספיר חזי ולדידי חזי לי דמסתברא כסברת הרב בני אברהם ז"ל דאע"ג דעיקר הכתיב' בפנק' המוטיב' היה לבטחון ולגובייינא מה בכך דבמה קני ליה הא ליכא הולאה מרשות לרשות ומאחר דאין כאן שום הקנא' באחד מהקניינים

וכ"ת הא כבר כתב הרב ת"מ ישרים סימן ר"ב על ראובן שנתן מתנה לבנו ולא הקנה לו בשום דרך מדרכי ההקנאות רק דהעבירו בפנקס המוטיב'ילי בלבד ואח"ך מכרו ראובן ללוי בשטר וחזקה שאם כפי דינא דמלכותא קונה בכתיב' המוטיב'ילי אע"ג דבדיננו אינו קונה מ"מ דינא דמלכותא דינא וזכה הבן ואין ללוי שום שייכו' בקרק' עכ"ל הרי בהדיא דכל היכא דהעבירו בעל הקרקע את זכותו ע"ש מי שרצה להקנותו לו בפנק' המוטיב'לי הגם דלא היה שום אחד מדרכי ההקנאות מדיני ישראל זכה מטעם דמ"ד ותשו' הלזו הביאה הרב דברי אמת ז"ל בתש' סימן י"ב וכתב הרב דזהו כוונ' הרב מהר"י באסן ז"ל ע"ש דהעמיק והרחיב הר' ז"ל כמנהגו הטוב הא נמי לא מכרעא דמלבד דכב' עלת' הסכמת גדולי אחרונים ז"ל דלא כסברת הרב ד"א ז"ל יעוין להר' דנ"מ ח"ב סימן ס"ב והרב חסק שלמ' סוף ספרו והרב ידיו ש"מ ח"מ סימן כ"ה יעוד המנהג פשוט ומעשים בכל יום דדייני דיינו בקניית בתים וקרקעות וחנויות לקנות ולהקנות באנפי הקנאו' בדיני ישראל אף בלתי כתיבת בפנקס המוטיב'לי אלא כתביקן בשטרא וסמך דעתו של הקונה כו' וכמו שכתב וסיים הרב ידיו ש"מ באופן דאיןבכתיבת המוטיב'לי הולאה מרשות לרשות מאחר דליכא אנפא דקני' מדיני ישראל וא"כ לו יהי דעיקר העברה דהעבירו הכל היה

היה לבטחון החוב מה אהניא לן גם ראיתי בתשו' הרב מגן גבורים ז"ל סימן כ"ט דנשאל על ראובן דהיה חייב לסוחר גוי ובא הגוי עם לוי הסרסור ודחקו מאד לראובן על חובו וכראות ר' כי לא יכול לו משכן לו אוג"ארה אחת כדי להבטיחו על מעותיו ונתרצו ר' והגוי להכתיב האוג"ארה בפירמג"יט ע"ש הגביר פ' בתורת אמנה כו' ועתה מת הגוי שמלוה ותובע ראו' מהגביר האוג"ארה דכתבו ע"ש בטענת הפקעת הלואתו כו' ואלמנת הסרסור טוענת שבעלה פרע לגוי כו' והשיב וז"ל כיון דהאוג"ארה לא היתה מכור' לגוי אלא שכתובה בפנקס כדי שיהיה הגוי בטוח במעותיו כו' ואינ' אלא כמו משכנתא באתרא דמסלקי כו' ונמצא שהיא מוחזקת ביד שלום שמעולם לא יצאת מרשותו של ראובן ועוד דאפי' דין משכנתא אין לה דלא היה שום קנין מדרכי ההקנאות כו' וזולת המעות שהיה חייב לגוי כו' ומלוה אינה קונה יע"ש וגם בדמ"ו ע"ב כתב וז"ל ואין צריך להאריך בזה בנ"ד דהכא לא ירד הגוי לאוג"ארה בתורת גוביינא ופרעון כו' אלא בתורת בטחון החוב. וכמ"ש החכמים הי"ו יע"ש

הרי בפי' דס"ל לשלשה המה מטיבי ב'צנתרות הזהב החכמים הש' ולהרב המחבר כמו שכתבנו דהגם דעיקר הכתיבה בפנקס המוטי' היה לבטחון החוב עכ"ו לא אהניא כלל מאחר דאין כאן הוצאה מרשות לרשות דאין כאן אנפי ההקנאו' מדייני ישראל וע"ש בע"ד ובדמ"ו ע"א ואף גם זאת ראיתי להרב תורת חסד סו"ס קנ"ב דנשאל על ר' שהיה לו מלוה אצל ש' וכתב השטר על שם לוי לסיבה הידועה אצלו אם כופין ללוי שיכתוב הרשא' להגיד האמת כו' והשיב וז"ל דיש חיוב גמור לעשו' הרשאה כדי לגבות חובו כו' ואם לא יגיד ונשא עונו דאין הפרש מזה למי שיודע עדות לחבירו כו' וכופין אותו ב"ד שלא יפסיד חבירו וזכות המסור בידו כו' יע"ש ורמזו הרב מע"ש סימן ס' הג"הט אות ש"ו הנה הר' ת"ח אשכח לן אנפא אחרא דמדין כובש עדותו איכא למילף דכופין את האדם אי שמי בידיה שלא יפסיד חבירו את שלו ומינה בנ"ד וכמו שכתבנו לעיל

וראיתי להרב מהר"י קלעי הובאה תשו' בתשו' הרב פ"מ ח"ב סימן ע"ז שכתב וז"ל ועוד נלע"ד כו' דכיון שהיתה כתובה על שמה הבא להפקיע זכותה ממנה אינו נאמן והמע"ה והאלמנה. אצדק בדבריה דהחנות יחדוה לכתובתה והראיה שהיא כתובה ע"ש כי כתיבת פנקס המוטי' היא חזקה אמתי ותקיפא וכמו שאמרו בקונה קרקע שאינו קנוי לו עד שיכתי' בפנקס המוטיב ילי ה"נ כיון דהנכסים היו משועבדים לאלמנה ומאותן הנכסים קנו החנות והכתיבום ע"ש ודאי דהאמת איתה שיחדום לה עכ"ד הנה לדברי הרב ז"ל ברור מללו דהגם דלא היה שום אחד מאנפי ההקנאות ביחוד בעלמא דהכתיבה בפנקס המוטיב'ילי ליחוד חוב כתובת' ולא לשם אמנה הוקתה חזקה אליתא וכל ש' דאיכא לאסתפוקי לפום דינא דיינינן דינא דהמע"ה ושכנגדו חלוק עליו הוא ניהו הפ"מ שם סי' ע"ח דקנ"ג ע"ג וכו' וז"ל ועוד אף את"ל שיחדו החנות לכתובתה יחוד זה מה זאת עושה דיחוד לא מהניא אלא שגובה הקרקע בלא שבועה משום מתפיס לה לגרוי יע"ש

ולפום ריהטא משמע דמחלוקת הרב ב"א עם הר' ידש"מ איהו ניהו מחלו' מהר"י קלעי והפ"מ דהפ"מ והרב ב"א קיימי בשיט' אחת דכל דליכא קנין על היחוד ועל הבטחון בהעברת בפנקס המוטיב'ילי לא מקרי מוחזק דבמאי קני דהא ליכא הוצאה מרשות לרשות וכן הוא מסקנת שני צנתרות זהב הה"ם והרב מגן גבורים ז"ל וכנז'. האמנם ה"ה מהר"י קלעי עם הרב ידש"מ סברי מרנן דהגם דלא היה שום אחד מאנפי ההקנאות אלא דנכתב בפנקס המוטיב'ילי לשם בטחון עכ"ו מחזקי' ליה למי שנכתב בשמו בפנקס המוטי' ולא עלו על דעתן של האחרונים דלא חשבינן ליה מוחזק על מי שכתוב בפנקס המוטיב'לי אלא דוקא היכא דנכתב בתורת אמנה אבל היכא דבאה הכתיבה מטעם יחוד ובטחון החוב איהו ניהו המוחזק ובהא דהסמיכ' דסמיך עלה הרב מהר"י קלעי דכמו שאמרו בקונה קרקע שאינו קנוי לו עד שיכתיבנו בפנקס המוטיב'ילי ע"ש הלוקח יע"ש המעיין יראה דאין זו סמיכה ורב המרחק ביניהם דהתם הא איכא אנפי ההקנאות ואיכא הוצאה מרשות לרשות אלא דלא סמיך דעתי' דלוקח אם לא בעבור שכתיבה בפנקס המוטי' ולא מטעם אנפי הקנאות אתינן עלה ומה דמות יערוך הרב ז"ל

ואיברא דהיה אפשר לומר דאין פסקו של הרב ידש"מ היפך סברת הרב פ"מ והרב ב"א ודעימי' דנדון הרב ידיו ש"מ ז"ל שאני דאפוטרופוסים העידו שלא רצתה האלמנה להוציא ממון שגבתה מהבן הגדול לצורך בנין הבתים אם לא שיעברו על שמה הבתים בפנקס המוטיב'לי לשם בטחון דנמצא דזהו תפלה ורצונה דע"י מה שמוציאה ממונה מתחת ידה שישליטו תחת ידה בטחון בגוף הבתים ע"י העברת בפנקס המוטי' והאפוטרו' מחמת דוחקם הוזקקו לדרישתה לתת שאלתה לשלוט בה זכות מיהא בגוף הבתים באופן דליחוד ובטחון הא איכא מיהא נתינת כסף מיד האלמנה לידם של האפוט' והקנו לה מיהא אפוטרו' זכות בטחון ויחוד לענין פריעת כתובה והממון שמסרה בידם לא כן בנדון הרב פ"מ והרב ב"א דליכא שום נתינת דמים להאי אנפא דבטחון ויחוד כלל וגם לא דמי לפסקו של הרב מגן גבורים דהתם היה הלואת מת"ש דלהוצ' ניתנה לא כן בנדון הרב ידש"מ דנתינת המעות לא נתנתם האלמנ' אם לא בעד ובשבי' הבטחון של הבתים בהעברת פנקס המוטי' וחילוק זה הוא כעין דוגמ' חילוק מהר"י בן מיגאש הובא בתשו' בש' עצמות יוסף פ"ק דקידושין דט"ן ע"ג והביאו הרב מח"א ה' קנין מצות סי' ד'

הכלל העולה מכל מ"ש דבנ"ד מחייבינן לבני ש' לחזור ולהכתיב בפנקס המוטי' ע"ש לוי ואין טענתם טענה להחשיבם מוחזקי' וכאמו' הנלע"ד כתבתי נאום

הצעיר **אליעזר די**

טולידו

סימן לג

שאלה ר' דהיה חייב לש' ש"מ ומסר בידו לשמעון משכנת חובו פוליסא אחת מזוייפת ואמר לו ש' דמגן שוייא האי פוליסה מאחר דהיא מזוייפ' והשיב לו ר' מלוי נטלתיה והודה לוי דהאמת כן הוא וגם הוא נטלה מיהודה ונתגלגל הדבר דבאו לפני ב"ד האנשים האלה שלשתם הם וע"י חשבון שעשו ר' עם לוי היה חייב לראובן ש"מ ובאותה שעה במ"ג אמרנו ללוי דהוא יפרע לש' ממעו' דנשאר חייב לר' ואח"ז עשה חש' לוי עם ר' ופרע לו כל חובו לראובן ובשבא ש' לגבות דמי הפוליסה מיד לוי כבר השיב לו דקדקתי בחשבוני ועתה אינני חייב לר' כלום כלך אצל ר' וש' טובע מלוי מאחר דבמעמד שלשתן נתחייבת לי בפני ב"ד מה לי אצל ר' ור' טוען הכסף דהייתי חייב לך נשאר אצל לוי יורנו מורינו ורבינו כו'

תשובה הנה לפום ריהטא נראה דהאי טענה של לוי מגן שוייא דלא אמרו בתלמוד טעיתי בחשבוני אלא דוקא היכא דבשעת הודאתו דהודה היה מוטעה מעיקרו דלא היה חייב לו כלום ברם בגוונא דנ"ד דכבר היה חייב לו ונתחייב לוי לראובן במ"ג ואחר כך עלה ברצונו של לוי ומסר בידו של ראובן החוב כולו דלא נשאר בידו. הוה פ"ק לא לייתינן ליה וכבר כת' הטור סימן קכ"ו תשו' הרא"ש כלל ס"ט סימן ט' וז"ל ולא דמי להיא דעיינתי בחשבוני כו' דהתם נתברר הדב' כו' דלא היה חייב לו כלום אבל הכא בשע' המעמד היה חייב לקבל ונתחייב הוא ג"כ לשמעון כו' אי אפשר לו להפקיע חובו וחייב ראו' לפרוע לשמעון כו' עכ"ל ופסקה מרן בש"ע שם סעי' י"ז

אך נתברר לאורה כמו שכתבתי דהיכ' דהכ' היה חייב בשעת המחאה, לא לייתינן ליה בהאי טענה דדקדקתי האומנם לפום ריהטא איכא למשדי נרגא ולומר דשאני לוי בנ"ד וכו' דדבר ידוע לכל מעיין מחלוקת של הראשונים ז"ל הובא בטור שם סעי' יו"ד וז"ל ואם לאחר מע"ג חזר הנותן ומחלו ללוה דעת ר"י ז"ל דאינו יכול למחול כו' והרמב"ן ז"ל כתב שיכול למחול כו' ואדוני אבי הרא"ש פסק דאינו יכול למחול עד כאן וכן פסק מרן בסעיף ח' דאינו יכול למחול ועיין להרב ש"ך שם ס"ק יו"ד דאסף וקבץ מכמה ראשונים דקיימי בשיטת הרמב"ן ז"ל דסברי דיכול למחול וסיים דמצי המוחזק לומר קי"ל כוותייהו יעו"ש והנראה יראה דטעם מחלוקתם הוא דכת הראשונים ז"ל דס"ל דאינו יכול למחול היינו דס"ל דכך היתה התקנה של מע"ג דנתרוקן זכותו של מלוה דהיה לו אצלו וחל שעבודו של הלז שכנגדו בנכסי הלוה וכפי זה לא אהנו מעשיו של המלוה כלל דה"ל כאיש נכרי והרמב"ן ז"ל ודעימי' ס"ל דלא נתרוקן זכותו של המלוה לגמרי ועדיין נשאר זכותו אצל הלוה אמר מהאי טעמא מצי מחי' ונעקור כחו ושעבודו של הלז שכנגדו וזהו דעתם ז"ל וא"כ דבאנו לידי מידה זאת דעדיין שעבודו קמא קאי כדמעיקרא אם עבר ופרע להממחה דהיינו המלוה אין כח בידינו להוציא מיד הלוה ולפרוע להממחה יען דשעבודיה דמעיקרא הוה רביע עילוי' ושפיר קא פרע לבטל עצמו משעבודא קמא ותשו' הרא"ש דאזכירנא דכתיבנא איכא למדחי ולומר דהרא"ש ז"ל לשיטתיה אזיל דאין ביד המלוה למחול דלפי האמת נתרוקן זכותו של מלוה דהיה לו מעיקר' וכן איכא למדחי לפסקו של מרן ז"ל

ואיברא דהיה אפשר לצדד ולומר דאין ראיה מדברי הרמב"ן ז"ל הללו דאיכא למימר דע"כ לא אמרה הרמב"ן אלא לענין מחילה בלבד דלא עביד מעשה כלל ברם היכ' דעביד מעשה בפועל וכגוונא דנ"ד למסר הממון ביד ראו' דמזיק לו בידים כל כה"ג אמרינן דלא אמר הרמב"ן ז"ל ואפושי פלוגתא לא מפשינן וכל כמה דישנו תחת האפשר לקרב הסברות אפי' באנפי דאיקי היובא רמיא עליה דפוסק לצדד הכי כ"ש וק"ו בכגון דא דהסברא מחייבת הכי לרב המרחק בין מוחל דלא עביד מעשה בפועל לעושה מעש' בידים ומסתייע' הדן סבר' שכתבנו מלדברי הרמב"ן עצמו ממאי דהשרי' לנו בקונט' דינא דגרמי שכתב שם בדג"ן ע"א וז"ל וכן אני אומר בגורם לשרו' שטרותיו של חבירו או במסר שטרותיו של חבירו בין באונס בין ברצון שהוא חייב דהגורם כמזיק עכ"ל הרי דאסברא לן דלא מבעיא מוסר ממון או שורף שטרותיו של חבירו אלא בגורם כו' וא"כ מאי דפליג הרמב"ן על בעלי התו' אינו אלא במוחל דוקא

האומנם כרואה יראה דאיכא למשדי נרגא בראיה הלזו דלא מכרעה ולא ראי' זה כראי זה דע"כ לא אמרה הרמב"ן בקונט' דינא דגרמי דחייב במוסר שטרותיו היינו משום דלא שייך זה המוסר בהאי מסירה ולא נגע ולא פגע במלתא כדנא כלל אבל היכא דשייך בהאי מסירה וכגוונ' דנ"ד דנכסיו משועבדי' לחברו דלא נתרוקן זכותו של המלו' כפי דעת הרמב"ן ז"ל א"כ איכא למימר כדאמרן דמאח' דאסברא לן במוחל ובשעת דהיה דעדיין שעבודו של מלוה עליה דלוה רמיא מינה נאמר דהאי טעמ' שייך נמי אפי' בפרעון ממש דפרע הלוה אחר המחא' דחד טעמא הוא ושקולים הם

אבל מאי דאיכא לצדודי בגוונא דנ"ד הוא דמאחר דבריא היזקא לשמעון דכל אחד ואחד דוחה אותו וז"ל הכא קא מדחי ליה כו' דהא שמעון זה מלוי אינו יכול לגבות דהא מצי פטר נפשיה קי"ל כהרמב"ן ז"ל ושיטתו דלא נתרוקן זכותו של מלוה א"כ שפיר פרעתי למלוה שלי גם מראובן דהוא היה לוה שלו לא מצי לגבות חובו דמצי פטר נפשיה בטענת קי"ל כדעת התוס' ודעימיה דבמע"ג נתרוקן זכותו של מלוה לגמרי מנכסי הלוה אשר מהאי טעמא לא מצי מחיל המלוה באופן דבהמחאה זו יצא שמעון נקי מנכסיו ע"י מסירת הממון דפרע לוי לראובן ואין לך היזק בידים כזו וכמו שכתבנו

ובאורה היה נראה דמילתא כדנא במחלו' הוא שנוי בין רבני האחרו' ז"ל דהנה הר' מהר"י אלמידה סימן כ"ד נשאל ע"ז והשיב בדכ"ה

בדכ"ה ע"ג דחייב המוחל מלוה דגרמי ולא מיפט' מספק כיון דשו"ס ע"י מחילתו הזיקו שאבד חבירו מעותיו מאיזה סיבה שיהיה דינא דגרמי הוא וחייב לשלם ע"כ ושכנגדו חלוק עליו הוא הרב בהונ'עולם ס"י דגם הרב נשאל על זה והשיב הרב דמאי למימ' בבא ראיה דמלוה מהניא מחילה ועשיתי היזק ותו דאפשר נמי דלא מחייב מדד"ג דטעמא דמיובא דד"ג היינו משום דבריא הזיקא ומיד נעשה היזק כו' אבל הכא כיון דאם תפס הלוקח מנכסי הלוה יאמר קי"ל כמ"ד דלא אהניא מחילה א"כ לאו ברי הזיקא מיד הוא זאת תורת העולה לע"ד דלא מפקינן מיד המוחל יע"ש וע' להרב ח"ש סימן ס"ו הגה"ט אות ט"ן דהביא מחלוקת הלז יע"ש הרי לכאורה דמשמע דנ"ד במחלוקת הוא שנוי דלסברת מהרי"א דד"ג מקרי ומפקינן מיד המוחל אפדאית ליה קי"ל לנמת' ולדעת הרב כ"ע ז"ל לא מקרי דינא דגרמי באופן דנ"ד במחלוקת הוא שנוי והמעיין יראה דלפו'טעמ' בתרא הלז דקא יהיב הרב כ"ע ז"ל מאחר דאם תפס מנכסי הלוה יאמר קי"ל כמ"ד דלא אהניא מחילה האי טעמא לא שייכא בנ"ד דהא ראובן דקא טעין כבר קימתי מאמרי ונשאר זכות חוב ביד לוי ולך קח לך ושקר יפלה פיהו לוי למימר באומרו דמסר בידי כל מה שהיה חייב לי נמצא דלא מצי שמעון זה לתפוש תפיסה מראו' בטענת קי"ל דלא שייך כלל נמצא דברי הזיקא הוא המעשה שעשה לוי בפועל לתת ביד ראובן גם דמי החוב כפי טענתו ולפי זה אף הרב כ"ע ז"ל מסכים הולך בגוונא דכ"ע דבשלמ' התם איכא מ"ד דמסייע ליה לתופס והיא טע"ב דטענת קי"ל היא טענת בריא לכל הפוסקים אבל בנ"ד דלא ידע שמעון מאי דהוה דילמא אמת יהב' הכו של ראובן ואם בא יבא אצל לוי שמא פן ואולי באמת אהו ושמא פרע לו הכל ואיברא דלגבי לוי אם תפס משמעון ממנו מסייע ליה טענת הקי"ל כמ"ד דלא הוה מצי לפרוע לכבר נתרוקן זכותו והוורנו לפסקו של הר'כ"ע ז"ל דלא ברי הזיקא מקרי אלא מאי דאיכא לצדודי , בנ"ד הוא דדילמא ע"כ לא אמרה הרב כ"ע ז"ל אלא היכא דלא עביד מעשה בפועל כההיא דמוחל ברם בגוונא דנ"ד דלוי מסרי' האי ממונא דהוה גביה בידיה דראובן ועל ידי מעשיו גרם לו היזק גדול לשמעון דהפסיד זכותו ולכאורה דמיא לסוגיא דקמא ד"מ ע"ב דאמרו לימ' ליה אתפסתיה לתוראי

בידא מאן דלא מצינא לאשתעויי דינא בהדי' הרי דהתם אע"ג דהוא לא מסריה אלא דבאו ב"ד ותפסוהו וכמו שלידדו התוס' שם ד"ה אי הכי כ"ש וק"ו בנ"ד דמצי שמעון לומר ללוי אתה גרמת דמסר' הממון ביד דלא מצינא לאשתעויי דינא בהדי' ובשלמ' אי היית נזהר עצמך בשעת המסירה למוסרו לו בשהדי הוה מצינא לאשתעויי דינא בהדי' ברם עתה כפי טענתך אתפסתיה בידיה לא אוכל קום בדינא ודיינא וכבר נשאל הריב"ש בסימן של"ג על לאה דהוי' בידה פקדון משל ראובן ומסרה לאה הפקדון בידה של רחל בלתי עדים וראה ורחל בא בטענה דראובן חייב לה ס"מ פסק הרב דלא מפקינן מידה של רחל וראובן מוציא מידה של לאה דמצי ראובן לומ' ללאה אני לא הייתי חייב לרחל כלום ואת גרמת לי נזק בפשיעתך דאי אהדריתינהו ניהלי לא היתה רחל גובה ממני כלום כו' ודמי לההיא אתפסתיה לתוראי כו' דלא מצינא כו' ע"כ הרי דאסברא לן הריב"ש דהגם דאם רחל היתה תופסת מראובן איזה דבר בטענת דחייב לה ראובן לא היה יכול ראובן להוציאה מתחת ידה מ"מ כתב הרב ז"ל דהשתא דלאה מסרה החפצים של ראובן בלתי עדים וראה דאית לה לרחל מיגו חייבת לאה לשלם לר' מטעמא דאי אהדריתינהו ניהלי לא היתה רחל גובה ממנו בדין ומינה נשמע לנ"ד

ואגב אורחין נראה לי דסברת הריב"ש הלזו שכתב דרחל לטענה דבשליחות ראו' נתנם לאה דנאמנת הגם דלאה מפסדת לכאור'משמ' דהיא סברת מהר"ם ב"ב בתשו' ק"ג סימן תתי"א דנשאל על לוי דגנב החפצים דהיו פקדון ביד שמ' מראובן ובא לוי בטענה דראו' חייב לו וראובן כופר ועתה בא ראובן על שמעון להשתלם ממנו והשיב וז"ל ושמעתי דרבינו ברוך פטר את לוי אע"ג דשמעון חייב לשלם לראובן והביא ראיה מההיא דאבימי כו' דחמא חייב לאבימי דפשע כו' והואי פטורין כ"ג אף על גב דשמעון חייב לראובן לוי פטור ממנו ולי נראה דאינו דהתם חמא מידו נתן לחואי לטעון אהה שלוחו של אבימי כו' אבל הכא לוי שלא ברשו' שמעון לקחם ושמעון נפשל בכך חייב לוי לשמעון דהו"ל גורם את ש' להפסיד כו' עכ"ל יע"ש

הרי דאסברא לן מהר"ם דהכל תלוי היכי באו ליד לוי אם תקפם חייב לוי להשלי' לשמעון משום דד"ג ואם לא תקפם אלא דשמעון מסרם ליד לוי בשליחות ראובן אין כאן חיוב ללוי אע"ג דשמעון חייב לשלם ומינה לנדון הריב"ש ואף על גב דבנדון הריב"ש אין לאה מודה בכך מ"מ הא אית ליה לרחל הנאמנות של מיגו

אלא דשמעינן מתשו' הלזו של מהר"ם דר' ברוך ז"ל פליג על ס' הריב"ש ז"ל דקא פסיק ותני דהיכא דהמסירה הויא שתמית חייב'רחל להשלים ללאה מאחר דהיא מפסדת וזה כר"ב דלא כסברתו של הריב"ש הלזו דהא רבינו ברוך פליג עילויה

ואיברא דהרא"ש בתשו' ריש כלל ק"ו מסכי' הולך כסברת הריב"ש ז"ל דנשאל על פקידו של ראובן דמסר ממון ראובן ביד שמעון ובא שמעון וטען דראובן היה חייב לו והשיב וז"ל אמנם יש פנים אחרים לדין זה כי הפקיד פשע דמסר ממון ראובן ביד שמעון וחייב להחזיר הממון לבעליו כו' דהרי השליכו לאיבוד והפקיד חוז' ותובע לשמעון אם יש לו טענה על הפקיד יכול לטעון אבל אינו יכול לעכב הממון בשביל שום טענה דהיש לו על ראובן עכ"ל הרי דהשמיענו הרא"ש ז"ל דהאי דינא כללא הוא דכל מקום דהמתפיס מפסי' חוזר על התופס וכמשמעות הסוגיא דקמא דהוי טענה אתפסתיה לתוראי כו' אם לא דבא בטענה התופס דבשליחות בעל הממון מסריה ניהליה וכמו דאסבר' לן הריב"ש ז"ל ומעתה שמעינן לנ"ד דמאחר דראובן חייב לשמעון חוב ברור ואין לשמעון לפרוע ממקום אחר אם לא מזה החוב דחייב לוי לשמעון ומטע'זה

הוצרך

הואיל וכו נ"ל כדי להציל עשוק כו' נתחייב לוי במע"ג להחזיר ולמסור ביד שמעון מה שחייב לו ראובן אם כן איך מסר אה"ך לוי ביד ראובן מה שהיה חייב לו הרי השליכו לאיבוד דהא מסריה ניהליה בלא עדים ועכשיו קא כפר ראובן באומרו דכדי שיעור חובו של שמעון השאירו ביד לוי כאשר גזרו אומר ב"ד דלוי ימסור חוב זה דחייב ראובן דימסרהו לוי לשמעון ומיד לוי ינקהו

וראיתי להריטב"א ז"ל הביא לדבריו בח"א לכתובות פ' הכותב גבי עובדא דההוא בקרא ז"ל ושמעינן מהכא דראובן דהיו מטלטלין שלו ביד שמעון ובא יהודה ותפס מרשות שמעון בטענה דראובן חייב לו תפיסתו תפיסה כל היכא דיכול לטעון לקוח כו' או להד"מ כו' ודינו של ראובן הוא עם שמעון דאהפיסתינהו ביד דלא מצינא לאשתעויי דינא בהדיה עכ"ל ולקמן גבי עובד' דאבימי הביא ג"כ הרב בא"ז משם הריטב"א ז"ל יכולין לתפוס נכן בתורת מינו ואפי' היכא דהוי פסיד דשליח דמחייב לשלומי דהיכו אפסיד אנכסי' ומכאורהיה ג"כ למ"ש לעיל עכ"ל הנה משמע מדברי הריטב"א דלא ס"ל כמו שחילק מהר"ש ב"ב ז"ל דאין ראיה מדינא דאבימי להופס שלא ברשות וגנו"ל דה' הריטב"א מביא ראיה לדינו דהוי תופס מדינא דאבימי וס"ל להריטב"א כסברת רבינו ברוך ז"ל דפט' את התופס הגם דמפסיד הנפקד ואיברא דראיתי להריטב"א בתשו' הביאה מרן ז"ל בח"מ סימן פ"ג מרו' י"ב שכתב וז"ל והשיב דלא דמיא דהכא כיון דנהורדת שהלה כו' ולא דמי לעובדא דאבימי דהתם ברשות נעל דבר הגיעו לידו ומיהו אם לא הפקידו כו' אלא דתפס כו' שלא מדעתו נראה דהפיסתו תפיסה ואידך חייב לשלם יע"ש הרי דמחלק בין תופ' ברשות דמסריה הנפקד מדעתו ליד בע"ח להיכ' דתפ' שלה מדעתו וזהו דלא כמ"ש בהי' דכתב דיש ראיה לדין זה דתופס מרשות חבירו שלא מדעתו דאע"ג דמפקינן מיד הנפקד אינו חוזר על התופס דנלמד מההיא דאבימי ואיברא דיש לעמוד להורה דזי התינן להיוביה ללוי בנ"ד משום ההיא תשו' הרא"ש ודעימיה הא אפשר לצדד ולומר דרבינו ברוך ז"ל והריטב"א קיימי בשיטה אחת דאע"ג דמפסי' הנפקד אין הדין נותן דיחזיר הנפקד על התופס ולא מפקינן מיד התופס דהוא מוחזק ומצי למימר קי"ל וכ"ש הם באנו למה שצידדנו לעיל דמצי לוי לבא בטענה דמאהר דאיכא כמה פוסקים ס"ל דקיימי בשי' ההם וס"ל דבמע"ג לא נתרוקן וכוחו של הממח' בשל לוה

והגם דכתבנו לעיל דיש לצדד ולומר דע"כ לא אמרוה הראשונים ז"ל אלא במוחל דוק' דלא עביד מעשה אבל היכא דעביד מעש' נפוע' כגוונא דנ"ד לא אמרוה הא אפשר לומר דהאי טעמ' דכתבו דלא נתרוקן וכוחו של ממחה

היתיה גם בפרעיה הלוה להממחה וכמו שמצינו דכתבו כת מהראשונים ז"ל הביאם הטור סי' ס"ו סי"ו לענין מוכר שט"ח בכו"מ דאם קדם הלוה ופרע נהמלוה אין לנוקה עליו תרעומת כו' ואפי' המלוה בונו מה שגבה מן הלוה אין הלוה חייב ללוקח כלום

ויש אומרים אם פרע הלוה למלוה לא נפטר מהלוקח ע"כ והם מדברי הרב נימ"את שער נ"ה ה"ד סי' ב' דס"ה ע"ב וע"ש דכתב כי הא' לישנא אין לו על הלוה אלא תרעומת מפני דמחל המלוה השעבוד כו' וכי היכי דמצי מחיל ה"נ נפרד ממנו עכ"ל וכיון דלהרמב"ן ס"ל דבמע"ג מצי הממחה מחיל כמו כן נמי נפרע ממנו מן הלוה ואין על הלוה כ"א תרעומ' והגם דראובן אין לו ממה לשלם אין לוי חייב לשלם וכמו שכתבו בהדיא דאפי' דהמלוה בזבז נכסיו אין הלוה חייב ללוקח כלום ודלא כמו שצידדנו לעיל

ועפ"י מה שכתבתי לעיל דנסברת הריטב"א קאי רבינו ברוך נמצא דאין הריטב"א ז"ל יחיד בדבר זה דהא מצינו חבר לדבריו ואשתמיט ליה להרב עדות ביעקב סי' מ"ו דקי"י ע"ד דטרח לבקש חבר לסברת הריטב"א הלזו והוצרך לכרף דעת מרן ז"ל בב"י מדהביא תשו' הריטב"א ז"ל ונמנס על דבריו ואילו לעיקר הדין לא פקפק אלמא דהכי ס"ל יע"ש ולא הביא תשו' מהר"ש הנז' דמפורש שם סברת רבינו ברוך דקאי בשי' הריטב"א ותשו' הלזו של מהר"ש כבר רמוה לנו הרב כ"ך סימן נ"ח גם יש לעמוד על הרב פמ"א ה"ב סי' מ"ט דפ"ט ע"ב דהביא תשו' מהר"ש ז"ל וסיים דלא עבדי' עובדא כהריטב"א דיחידאה היא יע"ש ולא ידענא מאי קאמר דמאהר דכבר שלטו מאור עיני קדשו בתשובת מהר"ס למה לא העלה על שפתיו ס' הרב רבי' ברוך דקא פסיק ותני בנ"ד דלוי דנכנס מרשות שמעון כו' דלוי פטור אע"ג דש' חייב לר' יע"ש וזה כסברת הריטב"א גם הר' פ"מ ח"א די"ד ע"ד כתב דהריטב"א יחיד בדבר הביא דבריו הר' ה"ם סי' ה"ן הנ"הע אות י"ג יע"ש ועי' נמי להרב הק"ל ה"מ ח"א סי' כ"ט ול' דל"ה ע"ג ודל"ט ע"א וב' דשקלו וטרו בסב' הריטב"א הלזו הרב מהר"י חון ומעלת בנו הרב מהר"א חון ולא עלו על דעתם לצרף ס' רבי' ברוך דקאי בס' הריטב"א וכאמור

באופן דעלה בידינו לאורה לצדד לדדים שלא להוציא מתחת יד לוי מחמת דמסריה ביד ר' שך החוב דזכה ש' במע"ג יען דאפ' דבאנו לכללי הקי"ל דאם אתה רוצה לחייבו דזכה ש' מטעם מע"ג הרי איכא ס' הרמב"ן ודעי' דסברי מרנן ז"ל דלא נתרוקן וכוחו של ר' בלוה שלו ומה שהור לוי ופרעיה לר' שפיר פרע ואם באנו לחייבו מטעם דע"י מעשיו דהתפיסו לר' גרם היזק לשמ' דלא מצא ש' נכסים אצל ראובן הא כתיבנא דהגם דהמלוה בזבז נכסיו אין ללוקח לחזור על הלוה ועוד מטעמת אמרינא תפדיש לראובן ממון וכשאתה מחייבו ללוי הוזר לוי על ר' וכמ' הראשונים ומוציאין מר' הרי כבר כתבנו דהינו מוסכם ומצי למימר קי"ל כר' ברוך והריטב"א ועוד דהאזבא בשאלה דטענת ראובן הוא דלא נתפרע מיד לוי שיעור חובו של ש' דהמחהו במע"ג אלא נשאר ביד לוי אלא דלוי מכחישו וא"כ באיזה כח בא ש' להוציא מיד ר' וזיל הכא קא מדחי לה וזיל הכא כו' ונמצא ש' קרח מכאן ומכאן ומפסיד חובו דאין כח ביד ב"ד להוציא לא מר' ולא

מלוי האמנם

האמנם יש להשיב נזכות ש'מעתיה אחרינ' והוא דמאחר דבפני ב"ד גורנו אומ' על לוי מאחר דאתה חייב לר' וראובן חייב לשמעון במנה דיש בידך תן לו לשמעון נמצא דמדינא דר"ן זכה שמעון הממון דישנו תחת יד לוי וכבר פסקו הטור ומרן ז"ל בסי' פ"ו ס"ד וז"ל ואם אחר דנתחייב לוי בב"ד הלך ופרע לש' חייב לפרוע לר' פעם אחרת דכבר נתחייב לר' בב"ד ע"כ הרי בפי' דחיוב הבא עליה מכח דינא דר"ן הגם דהוא ופרע למלוה מחוייב פרעון שני למלוה זה הנלע"ד כתבתי

הצעיר **אליעזר די טולידו** ס"ט

סימן לד

הא דאמרי' אשתדוף בני הרי גבי משעבדי היינו דוקא מנוקה אבל אם קדם בע"ח מאוחר וגבה קרקעות והניח מקום לב"ח המוקדם לגבות ממנו ושוב אשתדוף לא טריף מב"ח המאוחר כן כתב הר' המבי"ט ח"א סימן ר"ל יע"ש וכ"כ מהר"ש לובלין ז"ל בתש' סימן ד' והראיה שהביא מהר"ש מהביא דמי שהיה נשוי דכ"ד ע"א דמוקי שמואל פלוגתא דבן ננס והכמים בנמצאת שדה אחד שאינו שלו ופרש"י כגון שגזולה כו' וכתב מהר"ש לובלין ז"ל דמשמע דוקא גזולה שלא היתה מעולם שלו ולא חל עליה השעבוד ולכך מה שגבה המאוחר לא גבה וצרי' להזור למוקדם אבל אם הניח למוקדם קרקע שהית' שלו ושוב נפסדה או שלקחו אותה מידו בכח פשי' שאין צריך המאוחר להשיב מה שגבה עכ"ל יע"ש . לע"ד אינה ראיה כלל דהתם כבר גבה המוקדם ולפיכך דוקא אם נמצאת שאינה שלו חוזר וגובה מהמאוחר אבל אם נפסדה או שלקחו אותה מידו בכח ובגזילה אינו חוזר וגובה מן המאוחר כיון דמידו נפסדה ודידיה הוה ולהכי דאינו חוזר וגובה ואפי' מבני הרי אבל אם לא גבה המוקדם עדיין וביני וביני נפסדה עדיין אפשר לומר דגובה המוקדם ואהדרינן מאי דאמרינן בעלמא אשתדוף ב"ה גבי משעבדי ואפי' מב"ח ואין ראיה מהתם דלא אמרינן כן בבעל חוב וכדכתי' והכורני שהה' הש' הדיין המנו' שיני ועוקר הרים כמהר"ר **יעקב** אסא נר"ו היה מקשה כן על מהר"ש וה כמה ימים (א ה זה הועתק מכתבי הקודש של הר' המופלא חביר הרועי' מהר"א ענין וכ"ה מקונטרים שוכרונו' אשר לו באות גביית חוב)

סימן לה

שאלה ראובן נפטר לב"ע והלי"ש והשאיר אחריו בן אחד קטן והניח כתובת אשה וב"ח ישראל כתובין בפנקס בלתי שום זמן מוגבל ושיעור הכתובה לפי מנהגינו נמצא בין נדוני' ותוס' סך תשעה אלפים ושלש מאות גרו"ש ושיעור כל נכסיו בין מטלטלי' ובין מה שהכניס הכלה ובין סחורותיו הנמצא בחנות אך הכל שמונה אלפים גרו"ש וגם למודעי אני צריך שראובן הנפטר לא היה דר במ"ת עם המלוה יחד כ"א קרוב לתח"ק כמו עשרה שעות דמשם היה שולח פרעותיו לבע"ח פעם א' ע"י ופי"ג ע"י גוים והנה נעתה רוצים הב"ח לגבות את חובם מטעם שכך נמצא כתוב בפנקס המתואף שלא נמצא בנכסי המת אפי' שכי כתובתה אף גם זאת טוענים שיחלוקו היתום עם האלמנה נכסי המת כדין כשאין שם שיעור ב' כתובות דחולקין ולשאול הגיעו מה יהיה משפט כתובתה של האשה הלזו ושכמ"ה

תשובה ראיתי הכתב והמכתב אשר כוננו ידיו גלילי זהב של הא"הם הדה"ת עט"ור הרב הפוסק נר"ו דפשיט דהאלמנה גובה כתוב' ואין להב"ח זכות בהני נכסי וכתפו בקונטריסו והנה פרושה ירחה דלאח יסגא אכו דלפום ריהטא משמע שאינה צרי' היא דמאחר דהאלמנה היא מלוה בשטר מוקדמת והבעלי חובים הנה הנם מלוה ע"פ ע"פ פנקסו של הלוה הגם דנאמר דהפנקס דין שטרים לו לפי כח הפוס' ז"ל . ולפי התנאים האמורים בו מ"מ דין מלוה בשטר מאוחרת אית ליה וני"מ אי הני חובות הכתובות בפנקס כבר עברו ומנה דלא מגבינן לבעלי חובים עד שיגדלו היתומי' אלא אפי' אם נאמר דהחובות הללו תוך זמנם אינהו מ"מ כבר ידוע מחלוקתן של הראשונים בזה הביאו מרן ב"י סי' ע"ח ס"א וסי' ק"ח ס"א וכבר אסף וקבץ הרב הכנה"ג שם סי' ע"ח הגב"י אות א' מש"ש שם הגב"י אות ה' ובסי' ק"ח הגב"י אות ב' מערכה מול מערכה בדין זה אי דיינינן דינא דקי"ל בזה או לא יע"ש ולפ"ז אף דלא היה כתובת אלמנה לפנינו לא הוה מגבינן להו להב"ח במקום דאיכא יתומים קטנים וע' להרב בני אברהם ח"מ סי' ע"ד ובתשו' להרב ידיו ש"מ ח"מ סימן ס"א והכי נהגינן אנן בי דינא ודייני דייני שלא להגבות לב"ח אף שהוא תוך זמנו והגם דהרב ב"ד ח"מ סימן כ"ה רמזו הרב מש"ש שם סימן ע"ח הגב"י אות ה' ובסימן ק"ח הגב"י אות ב' ובא"נ בתשו' סימן ל"ב דהמנהג במתא שאלוניקי יע"א לגבות מן היתומים קטנים תו"ז והוסיף עוד הרב מש"ש שם בתשו' דכן הוא מנהג מתא אנדריאנו יע"א להוציא מיתומים קטנים כל שהוא תו"ז וכיון דעיר שאלוניקי יע"א ומתא אנדריאנו נוהגי' הכי גם עיר שופיאה נהגי הכי דעל הרוב אזיל בתר מנהגי שאלוניקי יע"ש ומינה בנ"ד המונח קמן בשאל' דנשאלה מעיר וידי"ן יע"א וכבר ידוע דעיר וידין ואגפיה נגררי' אחר מתא אנדריאנו דלא דייני לומר קי"ל כהתוס' ור' יונה ז"ל ודעימיה אלא מנהגם להוציא מיתומים קטנים כל שהוא תוך הזמן מ"מ הא לא מכריעא דלא נהגו כן להוציא מיתומים קטנים אלא דוקא היכא דאיכא שטר מונח קמן אבל היכא דאיכא פנקס כנהוג כרובא דעלמא ודל' כפנקס דנשאל הרא"ש ז"ל דאיכא אומדנא גדולה דהי' בכל כהק ופהק שם הבעלים כו' וגם דאין כאן בירור בחובות הנו' בפנקס דנ"ד אם הוא תוך זמנו או לא

בכל

בכל כי הא אין כאומנהג באופן דכביר מלאה ידה של האלמנה לגבות מן הסחורות מאחר דהיא מוקדמת וראיתי למע' בה"בש הלב"מ הרב הפוסק נר"ו בקונ' דהשיב על טענת הב"ח הכתובים בפנקס דמקולת סחורותיהם הם עדיין בעיןורולים לזכות בשמו' וע"ז השיב שפיר דכבר עלתה הסכמת רובא דרובא מגדולי האחרונים הפך ס' הרב ב"ח ומינה בנ"ד דלאלמנה יהבינן כו' יע"ש

והגם דהיה אפשר לצדד ולומ' כדי שלא לאפושי פלוגתא בין הב"ח ובין הסכמתם של גדולי אחרונים ז"ל דע"כ לא חלקו עלם' הרב ב"ח אלא דוקא לגבי בעלי חובים דהקיפו ללוה ואמרינן דהבעלי סחורה עלמם בשע' ההקפה יהבו בדעתייהו דהגם דימלאו סחורותם בעין עכ"ז לא יטלו אלא חנקם המגיע להם כפי החלוקה של כל הבעלי חובי' מאחר דישנו תחת האפס' דלא ימלאו סחורות' דהקיפו דכלה או אכלו הלוה ועכ"ז זוכים במה שהקיפו האהריכואיתיה בעיןסחורותםשל בע"ח אחרים האמנם היכא דאינם באים לפנינו אלא בעלי חובים ואלמנה דלא שייכא כלל בממון הסחורות של בעלי חובים היכא למימר דכ"ע מודו לסברת הב"ח דלא יהבינן לאלמנה מידי וע"פ חילוק זה שכתבנו היה אפשר לצדד למצוא מרגוע למאי דאייתי בידיה ת'הגאוני' הר' בית אברהם ז"ל בס סו"סי ל"ו דרכ'ב ע"ב דאחר דסמך ידיו על ס' הב"ח סיים הר' וז"ל ואחרי מופלג האיר ה' את עיני ומצאתי בתשו' הגאונים ז"ל סי' י"ב שפסק כהוראת הב"ח וקם דינא עכ"ל ושאלת הגאונים ז"ל הוא אי האלמנה נוטלת הממון דהניח בעלה דהוא מאהרים יע"ש ולדידן אפי' לו' דאין זו סמיכה לדהות ס' גדולי אחרונים מכח תשו' הגאוני' דסברי כס' הב"ח דאיכא למימר דע"כ לא פליגי גדולי אחרו' • אלא דוקא לגבי בעלי חובים דטעמא דכתיבנ' ברם לגבי אלמנ' מודים דהיכא דבאים לפנינו האלמנה ובע"ח דהסחורה היא בעינייהו דאינה נוטלת האלמנה כלום אע"ג דזקפן במלוה בעלה עליה וכדכתיבנא

איברא דראיתי למהר"י מאיו בס' שפת פיס ה"מ סי' ס"ב • דקס"ע ע"ג דהביא דברי הרב בית אברהם והשג ישיג עליו דמה מליאה השכה דתשו' הגאוני' לא מיירי בלוקח בהקפ' וזקפן במלוה יע"ש וע"י' להרב גט כשוע סימן ק"ך ה"ק ה' דהביא דברי הרב ב"ה ז"ל וכתב דכל פסקי הרבנים מהרשל"ם כו' דכתבו בשותפין שלקחו מקח בהקפה ומת אחד והאלמנה באה לגבות מוהמקח כו'שם כוהרי' דברי הב"ח יע"ש-נמל' דאף דהמק' בעין מאחר דזקפן עליו במלוה נוטלת הלקה עם שאר ב"ח וא"כ אודא לן מה שצדדתי

דאפ"ה היה אפשר לעמוד במ"ש כת"ר נר"ו וז"ל דלענין הלכה נלע"ד דכגון דא דהלכה בלה ובערא בידה ובע"ח הכתובים בפנקס באים מכח הפנקס הא ודאי דזכתה האלמנ' בכל הנכסים עכ"ל דהא באנו לדינא דלוה ולוה ואח"ך קנה יחלוקו אף דקדים בזמן ואף דכתו' בשטר דאקנה וכמבואר לאורה בסי' ק"ד ובסקו מרן ז"ל בש"ע שע"ה ז"ל שעבדו לו מטלטלי ה"מ כו' אם קדם המאוחר מוציאין מידו והוא דנתברר כו' אבל אם לא כו' מהזקינן להו כלוה ולוה ואחר כך קנה דיחלוקו עכ"ל וכיון שכן בנ"ד דזה שנשא ושעבד לאשתו מא"מ אח"ך קנה סחורות מהסוחרים ועתה באו האלמנה והסוחרים לגבות חולקין לפום דינא ולא יהבינן לאלמנה אף דשעבד לה מא"מ אם לא שנאמר דיש לדחות דע"כ לא אמרו האי דינא דלוה כו' ואח"כ כו' דחולקים אלא דוקא היכא דהמלוה שניה היה ג"כ מלוה בשטר וכתב לזה מא"מ דאיכא גילוי דעת והוכחה דהדר בו מקנא' וכמו שיש לדקדק האי סברא מדברי הסב"ם שם בסוגיי' דוק"ן ע"ב ד"ה ואת"ל לבתרא משתעבד כו'דלא אלים דאקנה עד שיבואו הנכסים בעולם וכי קנה הנכסים אחרי כן הא הדר ביה מקמא ויקנה בתרא ומשקינ' דיחלוקו מאחר דבשעת שקנה חל שעבוד שניהם בבת אחת ואין כאן קדימה לשום א' מהם יע"ש ויעוין בתשו' הרב מהרימ"ט ה"א סימןקכ"ח מאי דנשא ונתן בזה יע"ש • ולפום ריהטא משמעות דברי רשב"ם ז"ל הוא דע"כ לא אמרו בתלמודא יחלוקו ולא אלימא שעבודא דקמא דקדים אינו אלא מטעמא דאיכא גילוי דעת והוכחה דהדר ביה שלוה ממאי דשעבד לקמא וחזר ושעבד מא"מ לבתרא הא אי לא כתיב בבתרא מא"מ דליכא הוכחה דדעתיה למהדר יהבינן לקמא ולא יהבינן לבתרא משום דקדים קמא וכן משמע דברי הרא"ש דהביא הרב בא"ן שם דכי' דטעמא דאת"ל לבתרא משתעבד משום דהלוה שילקו למלוה קמא מהאי הרעא דעתיד למקנ' מקמי' דליקני ושעבדיה למלוה בתרא כו' יע"ש וז"ל הרמ"ה שם סימן קס"ו דכל כמה דלא קני נכסי תלי לשלוקי זכיון למקמיה דליהול שעבודיה דקמא כתב לבתרא דאקני שלוקי שליק לשעבודא דקמא ממאי דעתיד למקני ע"כ • וכבר כתב ה"ה פ"ך מה' מלוה דינא מסם הרשב"א ז"ל דמהכא שמעינןדשעבו'דאקני כל כמה דלא קנה יכול להזור בו דאי לא לקמא משתעבד לבתרא לא משתעבד עכ"ל ומאחר דבלשת הרועים פירשו לטעמא דסוגיין הוא משום דאיכא גילוי דעת והוכחה דמהדר קא הדר ביה ועל זה הוא דמסקי' בתלמודא יחלוקו ולא יהבינן כולו לקמא הא היכא דשטר'דבתרא לא כתב ליה דאקנה דהשת' ליכא הוכחה וגילוי דעת דמהדר קא הדר ביה לקמא יהבינן כולו וכבר מרן בס' ב"ה שם הביא מדברי הרא"ש פ"ק דמציאה ומלשון הרב בע"הת ז"ל שער מ"ג דסברי הכי דאיןכאן חלוקה מאחר דלבתרא לא כתב לו דאקנה והכי נקטינן ואע"ג דהרב צרור הכסף כתב דאע"ג דלא כתב לבתרא דאקנה חולקין יע"שהביא דבריו הרב הכ"הג שם הגב"י ז"ל אות כ"ג ומהריק"ש שם והרב ב"ח אזיל בשיטת מרן הב"י והרב ש"ך שם ס"ק ט"ו העמיק הרחיב כס' הר' צרור הכסף גם הרב בית אברהם שם ס"ח נשא ונתן בענין זה וזה הל'שעלה כס'הר'צרור הכסףושם"ד יע"ש באופן דלאו מילתא פסיקתא היא לאורה ההלכה שהעלה כת"ר נר"ו דיהבינן כל הסחורו' לאלמנה יען דכתוב בכתוב' מא"מ דאקנ'כו ושאר בע"ח אזלי בידים רקניו' ולא דייני'דינא דלוה ולוה זאח"ךקנה דיחלוקו האמנ' הרואה יר' דלדקו לדברי כת"ר בנ"ד ואמת יהגה הכו והוא דמאחר דהב"ח בנ"ד הנה הנם מלוה ע"פ ואין כאןשטר אפי'בלא כתיבת אגב כו' בכה"ג לקמא יהבי'

ולא

ולא דיינינן דינא דלוה ולוה כו' וכמו שמחבר מסני ספרי דבי רב ועוד דגם במונח דלא נפרעו הבע"ח החובות הכתובים בפנקס מ"מ בנ"ד דהבע"ה הנה הנם באים לגבות חובם מיד יתמי דאין כותם אלא מכח תקנת הגאוני' דמדינ' דג"מ ונטלט' דיתמי כו' והא למנה אלים כחם מכח שטר כתובת' שבידה יהבינן לה דהיא באה לגבות מדינא

אסופא דמילתא דברי כת"ר הרב הפוס' נר"ו הנה הנם נכוני' בטעמן ואין בידי להאריך עוד בדבר הזה יען דאין אני בן חורין וכידוע המשא כבד ועול ציבור עלי הנלע"ד כתבתי והתמתי שמי הצעיר

אליעזר רי

טוליד״ו ס"ט

סימן לו

כתב הטור ח"מ סימן רע"ו וז"ל מי שמת ולא נמצא לו זרע תחזור הירושה לאביו של מת ואם אין אביו קיים תחזור לזרעו שהן אחיו של מת עכ"ל

הנה מריהטא דליסנא משמע דס"ל להטור דירושת אחין אינן אלא ע"י משמוש נחלה דאזלא הירושה ומתחלה לזקן ואח"ך הלה על האחין דנמצא דירושת האחין של מת אינן באין מכחו וכ"כ התוס' ר"פ יש נוחלין ד"ה והאין כו' וז"ל וא"ת אהיא מוהאב וי"ל וא"ת אחין מן האב לא לתני דהמעינן ליה מהאב את הבנים ע"י משמוש נחלה שהאב יורש את בנו להנחיל לאחר בניו הקיימין שהן אחי המת כו' יע"ש הרי דמפשט פשיטא להו לרבותינו בעלי התוס' דאחין מן האב אין ירושתן מכח המת

אמנם מלשון רשב"ם ז"ל שם דקכ"ה ע"ב בעובדא דשבתא שכתב וז"ל ורב ענן אמר לירתאי כו' לאותן ליורשים שיהיו בעולם בשעת שהמות הוקנה כו' כגון בתו או אחיו או אביו דכל אלו אני קורא בהם ירתאי כו'הבאין מכחי אבל לא לבן בתו הבאין מכח כחי כו' יע"ש הרי דפשי' ליה לרשב"ם דירושת אחי המת ואביו של מת בחדא מחתא היא דבאין מכחו של מת ושלא כדברי הטור והתוספות וזה נראה דעת מרן ב"י סי' רנ"ג סל"ג דכתב וז"ל ולא אמרו ירושה אין לה הפסק אלא בנותן לבנו ויש לבן הזה בנים או אחין דאלו מכח האב הנותן ירתי כו' אבל אחי האב דמכח האב קא ירתי יכול להתנות שלא ירשו כיון דמכחו הוא דירתי ע"כ הנה למדנו דבריר ליה למרן ז"ל דאחי האב מכחו קא ירתי וכסברת רשב"ם

ואיברא שראיתי להרב ד"מ שם שהשיג על מרן דזה אינו דירושת האחין אינו אלא מכח האב וכמו שמתבאר לקמןהל' נחלות יע"ש גם מהרש"ך ח"ב הביא דבריו הרב כנה"ג שם הגב"י אות נ"ג כתב דמילתא אחים הוא ט"ס ולריך למחוק דאחים הם יורשים מכחו של אב ויכול להתנות יע"ש והרב המאס' שם כתב ע"ד מהרש"ך דלפעיב אשר דיבר דאחין מכח האב הוא דקא ירתי יע"ש והרואה ירי' דמהרש"ך הפריז על המידה מאחר דרשב"ם קאי בשי' הלזו דירושת האחין אינה ע"י משמוש נחלה אלא מכח המת קא ירתי וראיתי להכנה"ג סי' רע"ו הגב"י או'ט ובסי' ק"ו הגב"י או' ט"ו שכ' משם מהרא"נ"ח וז"ל למנהג רומאניה כו' שחולקין הזרע עם האב יש להסתפק אם מתה לאה והניח ב' בניכו וחלקו עם האב ומת האב אחר כך ואח"ך מת אחד מהבנים אם שאח יורשו או אבינ יורשו בקבר ונ"מ שאם יש ב"ח על אביו גובה מאותה ירושה עכ"ל ומשמע לי דעיקר ספיקו של הרב ז"ל הוא בהאי דינא אי ירושת האח המת הוא מכחו וכש' רשב"ם ולפי זה תו' יוצאה דאין ב"ח של אביו יש לו סייכות בהני נכסי או אי ירושת האחין אינה באה מכחו של מת אלא ע"י משמוש נחלה דמתחי' הלה על אביו ואח"ך ממשמשת והולכת על הבנים הקיימין וכש' התוס' והטור ולפי זה יוצא לנו דכביר מצאה ידו של הב"ח לבא בחוזק יד וידו אוחזת בהני נכסי מאחר דחלה הירושה על הלוה וזכות היורש מכחו הוא בא אלא שראיתי להרב המאסף דפקשה עליו דאם פשוט לו דאסהאב קיים האב יורשו פשיט' דב"ח נוטל מאות' ירושה שהלכה רווחת שהבן מנחיל לאביו ואפי' בקבר ע"כ

הנה לכאורה לפי שיטתו של הרב כנ"הג ז"ל שהסכימה דעתו להגהת מהרש"ך דמילת אחים הוא ט"ס כו' מעתה ספיר קא מתמה הכנ"הג ע"ד הרא"נ"ח ז"ל אמנם לפמ"ש ניחא דרס מ"ש הרב כנ"הג עוד שם וז"ל ואם תטעם ראוי אתי עלה דכיון דמת האב בחיי הבן כשמת הבן אח"ך הוי ראוי לגביה ב"ח דמלוי היורש למימר אנא מכח אחי קא אתינא ולא מכח אבא יע"ש

הנה דברים הללו לריך אני למודעי ודברי הרב ז"ל שגבו מני לפי שיטת הרב ז"ל דירושת האחין אינה אלא מכח האב דוקא א"כ היכי מלי היורש לבא בטענה הלזו ואם הרב פשיט ליה הכא להפך ממ"ש סי' רנ"ג מלבד לדברי הרב ז"ל סתראי נינהו ממקום למקום גם קשים מיניה וביה

וראיתי למהר"י הלוי סי' ע"ב דקנ"ב ע"ג שכתב ע"ד מרן הנז' דמשנה שלימה היא האב קודם לכל יוצאי יריכו כו' ובגמרא כו' אלו איתי ליצחק יצחק קודם השתא נמי כו' יעקב קודם ופי' רשב"ם כו' יעקב יורש זכותו ולא אברהם כו' הנך רואה דהאחין מכח האב קא ירתי כו' יע"ש והכה הרב הפריז על המיד' דהאי דינ' דהאחין מכח האב קא ירתי ע"י משמוש דוק' דהיא משנה מפורשת ולא היא דמתני' מיירי היכא דהאב חי וקיי' נהי ודאי ליכא מ"ד וגם בדברי התלמוד ליכא הוכח' אלא מריהטא דליסנא דרשב"ם דנקט יעקב יורש זכותו משמע דמדין ירושת יצחק אביו אתי יעקב לירש את אחיו עשו אמנם מאחר שמצינו בהדיא לרשב"ם דפשיט ליה דירושת האחין אינה באה על ידי משמוש וכנז' בעובדא דשבת' א"כ לריך לשעמיד לדברי רשב"ם בהכי דלעו' איתא לך דהאחין מכחו של מת קא ירתי

ירחי ולא ע"י משמוש נחלה ודברי רשב"ם דנקט יורש אח וכותו נקט הא לישנא למעוטי ירושת אברהם ואין הכונה וכותו ממש דלאו מכהו הוא ואם ניחא ליאמר דמ"ש רשב"ם בעובדא דשבתא אחיו אינו מדוייק וכמ"ש האחרונים ע"ד מרן הב"י הנז"ל א"ש ועי' להרב מה"ח הל' זכיה סי' מ' דכתב ע"ד הרב מהר"י הלוי דלא קשה מידי דע"כ לא אצטריכו להאי טעמא אלא היכא דאבי אביו קיים כיון דהוא קודם לכל יוצאי ירכו יעו"ש וראיתי למהרש"א שם ע"ד התוס' הנז"ל דהקשה ע"ד התוס' דמי הכריחנו זה כיון דאחים של מת קתני בהדיא הרי אחי האב נפקי בפירוש בלא משמוש כו' אלא אבי המת יורש נקב' להנחי' לאחיו וכ"מ בס' מוגה הרי הוא יורשו בקבר להנחי' לבנו שהוא אחיו של מת ואם אין אחי' למת או אביו יורשו בקבר להנחיל לאחיו שהוא אחי אביו של מת יעו"ש ואם דברי הרב בלאו ט"ס לא ידענא כוונתו וזה כוונת ההגהה דהרב ז"ל הביא ראיה למאי דמשמע ליה דאחי המת אין ירושתן ע"י משמוש מן ההגהה והרי דברי ההגהה ראשית מאמריו דנק' להנחיל לבנו כו' משמע דירושת אחי המת הוא ע"י משמוש ומהחלוקה דנקט אחי אביו של מת משמע דירושת האחים של מה הוא שלא ע"י משמוש ודוק ולעיקר דברי התוס' אין לפרש כוונתם דמאי דנקטו בלשונ' להנחיל לבנו הכוונה היא דקיימי התוס' היכ' דמתו אחי האב דהם מנחילין לבני האחים דהא התוס' הנה הנם ז"ל מיירו על לשונם שכתבו כיון שנדע דהבנים קודמין כו' וזה לא הוי אלא במיתת הבנים כו' ועלה ע"ד לפרש כונת התוס' שכתבו הרי הוא יורשו בקבר להנחיל לבנו שהוא כו' הכונה הרי הוא יורש בקבר לבנו להנחיל כו' והיינו לבנו הוא קודם זה"ש דלא לריכנא לפרש דהביו דכתבו ר"ל הבי אביו וכמ"ש מהרש"א

ואיך שיהיה דברי התוס' הם כמ"ש דס"ל דירושת האחין הוא ע"י משמוש דוקא

וכן דעת הרמב"ן בס' נחי' וכ"כ בהדיא בפי' על התורה פ' פנחס דירושת האחי' הוא ע"י משמו' יע"ש וכ"כ הרמב"ם בפי' המשנה ר"פ יש נוחלין ודוק וכמו כן דעת הטור המגיה דעת רשב"ם ומרן ב"י דאינ' ע"י משמו' ועי' להרב מנחה יהוד' ריש סימן רע"ו דרמ"ד ובס' גנעות עולה סימן ג"ד דס"ע ע"ד הביא ראיה מהר"י אלפ נדהרי תכזנית שכ דשהרו יע"ש וכמו שעמ' שם הרב מרנ' יהוד' ז"ל ומהריק"ו שם בדע"ו ע"א דהב דבריו יע"ש ועי' להרב במ' מאג"אר ז"ל בל' וכיה סימן ג' ודל' נחלות סימן ו' ועי' להרדב"ז בחדשות סימן פס"ה דפשיט ליה דירושת האחין לאו מכח משמוש כן בהין יע"ש את זה כתבתי אני

הצעיר

אליעזר י

טולידו ס"ט

סימן לז

שאלה עובדא הוה בנערה אחת שמס' וגתן תביב ג"ד התנו ש"מ בתור מדודי' בעין בעת ובעונה של השידוכין ובהגיע פרק הנשואין ונשיזה נתרעם אביה של הכלה על חתנו מה מעשיך מהמעות אשר מסרתי לייך ומה תכשיטין עשית לכלתיך ובו בפרק הלך החתן וקנה תכשיטין לכלתו והלבישה אותן לה ואחר ימים מועטים עודינו באיבו נעדר החתן ואלמנתו תפס' אחד מן התכשיטין בעבור הנדוניא וכתובתה והאלמנ' מסרה אחת מן התכשיטין ליד מי כדי לידע מה שומתו ואותו האי' הראהו לאחד מן הבקיאים בשומ"ז ותכ' ומיד תפסו הנקי בטענ' שתכשיט זה קנהו החתן ממנו ונשא' חייב לו ש"מ מדמי המכיר' וטענ' האלמנ' לועקת ככרוכיי' דכבר זכת' היא בתפיסת' שתפס' מקדם קדמת' קודם תפיסת הב"ח וטענ' יורנו המור' להיכן הדין נוטה ושכמ'

תשובה לפום ריהטא נרא' דכדין עם האלמנה שהיא בעלת חוב מוקדמת ותפי' מלוה בשטר דשעבד לה מטלטלי אג"מ והגם דלוה ולוה כו' אם קדם וגבה זכה אפי' הוא האחרון וא"כ ה"נ בנ"ד הגם דהמוכר בעל התכשיט הוא מאוחר מ"מ זכה בתפיסתו הא לא מכרעא כלל לכאורה דהא כתב הרשב"א במיוח"ס סימן ס"א הביא דבריו מרן ב"י סי' ק"ד מחו' ה' דכל היכא דהדין נותן אם קדם המאוחר וגבה מה שגב' גבה אם אח"ך עמד הראשון ותפסן לאחר גוביינת המאוחר מוציא המאוחר זה שקדם מיד הראשון שתפס יע"ש וכרי אתה דן ק"ו ומה התם הגם דהתופס הוא מאוחר עכ"ו מאחר דכבר חלה עליו זכיה של המאוחר אף אם אח"ך בא המוקדם ותפס לא אהני מעשיו ומפקינן מידי דמוקד' כ"ש היכא דהתופס הוא מוקדם דכבר חלה עליו זכי' המוקדם דאם אח"ך בא המאוחר ותפ' דמוציאין אותה מידו

אמנם יש לדון בזה דאיכא למימר דע"כ לא אמר' הרשב"א ז"ל אלא דוקא בממון הלוה עצמו שקנ' אותו מאחרים ולא קדמה להו לא לב"ח ראשון ולא לב"ח שני שום זכי' מעיקרא התאבוא דאמרינן כל מה דאלים גבר ברם היכא דהתופ' שתפ' התפ' כבר קדמ' ליה זכי' מעיקרא וכגוונא דנ"ד דהתכשיט מעיקרו היה היה מב"ח השני דשוא היה המוכר נהא איכא למימר דאין ראיה מתשו' הרשב"א ז"ל ולא מפקינן מיד הב"ח המאוחר ובאנו לכאורה לסברת הרב ב"ח ז"ל ודעימיה בסימן ל"ו דלוה דאין לו לשלם לכל הבע"ח את הסחורה שלקח נהקפ' הוא בעין כו' אין לאחרים חלק בהם יע"ש בהאחרונים וא"כ הכא בנ"ד מאחר דהתכשיט הוא בעין וכבר קדמ' ליה תפיס' דבא לידו של בעלים הראשונים מה כח ב"ד להוציאו מתח"י גבי דאם לא תפס המאוח' אלא היה נשאר ביד האלמנ' התכשיט הוה אתיא בטענת קי"ל ככת הלוקי' על הרב ב"ח ודעימיה האומנם מאחר דהשתא מיהא הרי הוא ביד המוכר שהוא בעל החפ' מאין הרגלים להוציא מתחת ידו דבר שהוא מוחזק תחת ידו

והבי מוכח מתשו' הרב נחפ' בכס' ח"מ סי' ז דנשאל על ראובן דהיה חייב לשמעון ק' כו' וילך ראובן ולו' מאחר ק ופרע לשמעון ואח"ך בקש יהוד' המלו' ליפרע מראובן ולא מצא לגבות וקש יהוד' על שמעון באמור לו תן לי המנ' שלוה ממני

ממני דאונן כו׳ וכתב שם הרב הפוסק הראשון בדפ״א ע״א ד״ה איך כו׳ ומלאתי כו׳ וא״כ ה״ה בנ״ד דלדרי׳ המלו׳ הראשון להחזיר המעות ליד יהודי כו׳עכ״ל ולכאור׳ תקשה ליה להרב ז״ל חבו׳הרשב״א הנז׳ ונדון דידיה כבר קדם המוקדם והיכי מצי המלוה הב׳ להוציא מיד המלו׳ הראשון אלא ודאי דהאי דינא דהרשב״א לא נאמר אלא דוקא בממון דלוה עצמו וכנו׳ אבל היכא דהדבר שאנו דנין בו איהו ניהו של המלוה הב׳ באנו למחלוקת הרב ב״ח ודעימיה בנו״ל ומה שכתב הרב ז״ל הה״ך וז״ל אמנה כו ולומ׳ דממונא היכא דקאי תיקום ואין בו כח במלוה הב׳ להוציא כו׳ דע״כ לא פסקו כל הני רבוותא כו׳ אלא דוקא היכא דהסחור׳ היא בבית הלוה כו׳בנה״ג הוא דאמרו כל הני רבוותא דבעל הסחור׳ נוטל׳ דלית דינא ולית דיינא שמוציאין מידו ע״כ וגם הר׳ נחפה בכס׳ שם סימן׳ ד׳ פ״נ ע״ד הסכים בזה דלא אמרו הרב ב״ח ודעימי׳ כו׳ אלא כשהוא בבית הלוה כו׳ אבל אם קדם אחד וגבה מה שגבה גבה כו׳ יע״ש וא״כ נאמר לכאור׳ ג״כ בנ״ד דהגם דהתכשיט הוא של המוכר הבא עכשיו לגבות מעותיו מ״מ כבר קדמה לה לאלמנ׳ תפיסה קודם הב״ח הב׳ וכבר זכתה בתכשיט לגבות הונ׳ קודם זה ואף הרב ב״ח ודעימי׳ מ.דו בזה א״כ לא היה לו למוכר הב״ח זה לתפוס התכשיט מיד האלמנ׳ וגימא לכאור׳ דמוציאין מידו מה שתפס

ר.א לא מכרעה דאיכא למימר דע״כ לא כתבו הכי אלא דוקא משום דמסייע ליה לתופ׳ חזקה דתפיס בה והכי דייק לישניה שכתב דממונא היכא דקאי תיקום ואין בו כח להוציא כו׳ יע״ש דמוכח מינה דמדין תפיס׳ וחזק דהוא מוחזק אתי עלה אבל היכא דהה״ך חזר הב״ח המאוחר והו׳מאחרי׳ דהאי הפלא ותפ״ג מיד הב״ח הראשון אמרינן שב וא״ת עדיף ולא מפקינן מיד זה הב״ח השני •

ועוד איכא למימר דאין בנו כח להוצי׳ מידו התכשיט מטעמא אחריתי והוא דכבר ידוע מחלוקת הראשונים ז״ל דהאי דינא דקד׳ וגבה דמה שגבה גבה הי בעינן ב״ד דוקא דהב״ד בעצמו הגבוהו למלו׳ אבל אם לא היה על יד ב״ד ברשותו של הלוה קאי וכת הפוסקים ז״ל ס״ל דל״ש ע״י ב״ד ול״ש ע״י עצמו מהני יע״ש בסימן ק״ד ובגדולי אחרונים ז״ל והרב ב״ד ח״מ סימן יו״ד בית אברהם שם דרח״ל ידיו ש״מ הב״ח ה״מ סי׳ו׳ ומעתה שפיר מצי למי׳ב״ח המוכר התכשיט קי״ל כמ״ד דבעינן ב״ד וכל כמה דלא בא לידך ע״י ב״ד הו״ל כדמעיקרא דקאי ברשות הלוה וקי״ל כהרב ב״ח ודעימיה דכל דהסחורה היה בעין אין להם לשאר ב״ח בום וכיה כלל

באופן דהעו״ה מן האמור דנ״ד אינו שום שייכות עם ההיא חבו׳ הרשב״א ז״ל ואין כח ביד ב״ד להוציא התכשיט מיד ב״ח המוכר התכשיט ומ״מ רמינן עליה דב״ה זה שבועה שישבע לאלמנה שהיא בעוח רוב נמי איקרא אמת אחו דנשאר הייב האחן לו ש״ממהרכך הנז׳ דלא הספיק לפרוע לו במזלם הגם דהאלמנה לא ידעה בבירור אם לא פרי בצלם והוי״ל לה טענת שמא מ״מ כך דינא

וכמפורש יוצא ממתני׳ דפי׳ מי שהיה נשוי דראשונה נשבעת לשניה ושניה לשלישית כו׳ ופסקו כן הפוס׳ יעויין בא״הע סי׳ צ״ו

איברא דאיכא למידחי ולמימר דאיןראיה ממתני׳ דאפשר דע״כ לא אמרו במתני׳ אלא דוקא התם דהב״ח בא להוציא מרשות הבעלים אליה כהייהו של שאר הבעלי חובים דלא ליגבי ב״ח זה הבא ליטול אלא בשבועה גרם היכא דכבר הב״ח גבה וקדמוגבהוכבר היא מוחזק במטלט׳ דנידה ובאו שאר בעלי חובים להשביע לזה דכבר גבה מנא לן הא הנא דבא בטענת שמא והיה אפש׳ לצדד ולומר דאין כאן שבוע׳מאחר דכבר גבה מהאי׳ דכתב הטור סימן ס״ט סעי׳ י״ב ובשאר מקומו׳ דע״כ לא אמרו שבועת היורשים אלא דוקא היכא דבאו ליפרע מאחרים אמנם היכא דבאו ליפטר פטורים משבועת היסת יע״ש הרי דלמדנו מכאן דלא רמו רבנן שבועה אלא כדי לעשות מעש׳ אבל היכ׳דהו׳ בשוא״ת לא רמו רבנן שבועה כל היכא דאין שכנגדו טוען טענת ברייא ואיברא דאי משום הא תבר׳ ואין ראיה מכאן דהכא מעיקרא הממון הוא של שמוחזקי׳ שהם היורשים לא כן בנוואה למתני׳ ועי׳ לר״י נתיב ג׳ הביא דבריו הרב ש״ך סימן פ״ט ס״ק יו״ד ד״ה ושוב כו׳ (ע״כ נמצא)

סימן לח

שאלה ג׳ אחים שירשו מאביהם חצר עם בתי׳ והיו דרים כל אחד ואחד בבית המיוח׳ לכל אחד וכל הוצאות המצטרכים לחזק את בדק הבי׳ היה נותן כל אחד חלק שוה בשוה ומת אחד מהם ובא בנו היורש ומכר חלקו לדודו אחיו של אביו ואח׳ כך מת האח קטן בלא״ב ונפלה היבמה לפני האח האח׳ ולא איסתייעא מלתא לא להלו׳ ולא ליבם והשכי׳ הבי׳ שהיה דר המת בלא״ב השכירה היבם לאחרים והיה נותן דמי השכירות ליבמתו ונמשך זמן רב הלי ובהגיע עת פטירתו של היבם ג״כ ציוה לבניו ואמר להו דעו דכל מה שנתתי עד עכשיו ליבמתי היה לפרעון שכי כתובתה יען שלא היה לה מזונות ושוב אח״ך מתה היבמה ובא בן בנו של האח השני וקץ תובע מיורשי היבם כיון דלא יבמה אביכם את היבמה א״כ חלקו של מת הוא בינו״בינו כדת משה וישראל ויורשי היבם טענו אנו לא ידענו כלום אלא כיון שאבינו החזיק שני חזקה שמא לקח אבינו מאביך חלקו מה שהיה נוגע לו ובן בנו יורש האח השני טוען כנגדם כיון שחלקי של מת היה משועבד לכתובתה והיה נותןהיבם ליבמתו משכירות הבית לחשבון כתובתה אם כן מאי ה״ל לאבא למעבד אלו הן הטענות שעברו ביניהם בין יורשי היבם ויורש האח השני

תשובה הנה בנדון זה כבר נשאתי ונתתי עם מורי הרב נר״ו תנא דבי אליהו ועם הח״הש עמיתי בתורה כמה״ר אברהם הכהן נר״ו והנר׳ לפום דינא הוא דאיןבטענת יורשי היבם ממש מתרי טעמי הטעם הראשון הוא דהא קי״ל דאיו המוחזקין מחזיקין זה ע״ו בדבר דלית בו דין חלוקה ובנ״ד דמה

למה שהודע היורש הוא שהות מהבתים שהדרים יורשי היבם אין בה דין חלוקה א"כ לא הוי מצי היבם לטעון נגד ן' אחיו אתה מכרתו לי כיון שהחזקתי שני חזקה

איברא דלכאורה תברה בצלה דהא כתב הטור שם סי' קמ"ט משם בעה"עט האחים אינם כשותפים ומחזיקים זה ע"ז יע"ש וא"כ הפיר טענינן ליורשי היבם שמא מכרו בן אחיו לדודו אבל ודאי דהא ליתא דהרואה דברי בעל העיטו' במקומם באות מהאה דפ"ו יר' בהדיא דאינו כמ"ש הטור אלא אדרבא הוא להפך וכמ"ש גדולי אחרונים יעויין להרב לחם רב סימן קנ"ו מהרח"ש ח"א סימן כ"ד מ"ץ ח"ב סי' ע"ן והרב כנה"ג בתשו' ח"א סי' נ"ו ומהרימ"ט ח"מ סי' כ"ו הבין בפשיטות בדברי הטור האמת והרב לח"ר סי' קל"ד דנדונו היה אחים תפס במושלם לדינן כשותפים ואף מהרשד"ם ז"ל שם בהסכמתו על הרב לח"ר לא עשאה אלא שניהבעלמא כמו שמפורש שם בדבריו גם הרב ד"מ ח"ב סימן ך' דן בפשיטות וזיכהו ליורש התובע משום דשותפים אין להם חזקה וכן פסק הרב כאת נגב ח"מ סי' כ"ה

גם מצאתי להרב בעל העיטור באות חלוקת קרקעות דע"ב ע"א דכתב דהא דתנןאין שחלקו אין להן הלונו' וע"ז וגונה כנגדו כו' היינו דוק' שלא החזיקו ג' שנים אחר החלוקה אבל אם החזיקו שלש שנים אחר החלוק' כו' יע"ש מפורש בדבריו לפי פשטן דקודם החלוקה אין להם חזקה וכיון דמצינו לרובא דרבוותא דפסקו דאחים דינם כשותפים הרמב"ם והרשב"א ומהר"ם הביא לדבריו המרדכי פ' חזקת גבי אלמנה שהחזיקה ור"א הלוי ה"ד בתשו' הרא"ש כולהו ס"ל דאין כשותפי' ואנחנו הרואי' דברי הרב בעל העיטור ממקום שהולכו בשתי אותיות דבא לבלול אדרבא דלא תימא כו' א"כ פשיטא דאף במוחזק גמור לא מצי לומר קי"ל ומעתה מ"ש מהר"ם אלשקאר סי' מ' נ"ל דאיירי בשהיה בו כדי חלוק' נעלים מדכתב כן בפשיטות ולא העלו בדבריו ס' הרב בעל העיטור מהריה דהאי שמעתתא איברא דמאי דאיכא לאסתפוקי לכאורה הוא דב' שותפין שיש להם חצר עם בתים בשותפו' ושא' היה דר בדירה העליונה בבית הגדול והבתים האחרי' שהיו קטנים היה משכירם לאחרים והיה נוטל השכירות הוא לבדו ר' אבר היה דר בבית הגדול ובא שותפו בטענ' לא מן הבית שאני רוצה לדור בו כאשר דרת אתה והלה טוען אתה מכרתו לי והחזקתי שני חזקה דאף דבבתים לית בהו דין חלוקה מ"מ דמי השכירות היה שיעורו כשיעור השכירות של הבית הגדול ולמה לא הבעת אותי והיה לך ליטול הדמים השוגע לחלקך מי אמרינן דדינ' קא בעי כיון דבדמים אית בהו דין הלוק' כמ"ש מהרימ"ט שם בסי' כ"ו דאם שותף אחד היה משכיר הבית לאחרים והיה אוכל את שכרו הוא לבדו אף דלית בהו דין הלוק' מ"מ בדמים אית בהו דין הלוקה או נאמר דהכא שאני דמצי א"ל ר' לשי' מה ששתקתי הוא משום שרצוני לדור בו בבית הגדול כמו שדרת אתה ואמרתי דור אתה שלש שנים בבית הגדול ועול השכירות של הבתים ואני אבא אחריך שאינו בדין שאתה יושב בבית ואני מבחוץ ומה שנוגע לחלקי אטול בדמים

ולדידי מסתברא דדינ' קא בעי שכן דרכו של אדם שזה משתמש המש שנים בחצר ובכל הבלוה ומתיחס אליו וכן נר' מתשו' הרב לה"ר הנו"ל דנדונו היה דשותף אחד היה דר בבית ושאר הבתים היה משכירם לאחרים והיה אוכל את השכירות ובא בטענת חזק' והשיב הרב ז"ל דכיון דהיה בהן דין חלוקה מחזיקין זע"ן יע"ש מוכח מדבריו דאילו לא היה בו דין חלוק' לא היה מפסיד חזקתו אף שלא היה נוטל מדמי השכירות הלקו הנוגע לו ובדמים אית בהו דין הלוק' ואף אם תרצ' לדחות ולומר דדילמא שאני התם דאפשר דלא היה דמי השכירות כשיעור דמיו של הבית שהיה דר בו שותפו

מ"מ נקטי' דהא לאורה ארעא הוא שלא לחלוק ולפלוג הדמים בזמן אחד והדיר' בזמן אחר אלא זה אוכל במספר שנים בכל זכות המגיע לחצר ובמשלם שנייא זה יוצא וזה נכנס א"כ איפא אף במלאות דאיכא בדמי השכירות שיעור שלש כשיעור חלקו אין הוכח' מדשתק ולא נטל חלקו וזכותו מדמי השכירות שמכר לחבירו חלקו ומה שמשמע מתשו' מהרימ"ט ח"מ סימן כ"ט אינו ענין לזה דהתם ע"ז אנו מסופקי' אי הוה שותף או לא כמו שמפור' שם הנלע"ד כתבתי נאום הצעיר

אליעזר די טולידו

סימן טל

במחלוקת מהרי"קו ומהרח"ש רימוז הרב המגיה בס' מש"ל הל' שכירות דל"א אי בספיקא דדינ' נמי ס"ל לרבב"ש ז"ל מוקי ארעא בחזקת מאן דקאי השתא יע"ש ולכאורה היה נר' להוכיח כס' מהרח"ש מההיא סוגי' דקידושין דזבן נכסי אדעתא למיסק שרלם בתלמוד להוכיח דדברים שבלב א"ד ממתני' כשבור כו' ודחה אביי דילמא התם להומרא להצריכ' גט מזה ומזה אבל בההיא דזבן נכסי דפסק רבא דקניה לוקח לא יע"ש הרי דבספיקא דדינא דספוקי מספקא לן אי קנה או לא לא אמרינן היכא דקיימא תיקום והביא דזבן נכסי בקרקע היא כמ"ש רש"י והרא"ש ועי' במהרש"א שם וראיתי להר' פמ"א ח"א סי' כ"ו דקאי בשי' מהר"א ששון ואין להקשות על הרב פמ"א מסוג' בתה שרלה לתרץ למ"ש הרשב"א בגיטין יע"ש דאף דרבא פשיטא ליה דדברים שבלב א"ד עכ"ו אמרו דמוקמינן ארעא בחזקת מ"ק דהא ודאי בורכז היא דלא כתב כן הרב פמ"א אלא לדידן וחד מן חברי' הלא הוא אמר לי דאיכא למידהי בדוחק דדהית התלמוד דלחי דילמא שאני התם כו' הוא דליכא הוכח' לדינו של רבא דס"ל דבעלמא דברים שבלב אינן דברים אלו דבריו נר"ו ודלו כמהרש"א

והילך

והילך לשון הרב חידושי קדושין לא נודע שמו ז"ל וז"ל דילמא כו' פרש"י וגבי קדושין לחומרא וגבי ממונא אוקי בחזקת ותימ' הוא דהא בתר בתרא ה"ל למיזל כיון דירד בנכסי' כדאמרי' בפ' חזקת כו' וי"ל דהכא מיירי כגון דיפה כחו שאבל לא ירד בנכסים עדיין יע"ש ומעתה אין כאן קושיא מהוכחה הלז למהריק"ו אלא אדרבה מלינו חבר לסברתו והוא אחד מן הראשונים ז"ל את זה כתבתי אני

הצעיר **אליעזר די טולידו** ס"ט

סימן מ

הנה זה ימים במספר ירחים נשאל נשאלתי מאת הרב המובהק מ"ו ברוסא יע"א על ר' דילא מקושטא עירינו יע"א ובא לגור באר' בעיר הנז' והי' שנו' הוא מעדת המוסי' דיש בידם אסטי' שירי"ף מהל המלכים של התוגרמה יר"ה דור אחר דור דפטורים הם מכל משא מלך ושרים כידוע ויש הסכמה בעיר ברוסא הנז' מזה ימים דעשו הסכמ' ביניהם שלא להם הפרש והבדל בין עדת המוסילי' ובין היהודים החייבים במס ואפי' עדת הלועזים הכל נשקרין בשקיר' אחת שלא לחלק ביניהם ופורעי' מס במשלם ועל פי הסכמתם ותקנתם הנז' קרבו ויאתיון לפני הרב המובהק מ"ו מהר"א שלטון נר"ו ותבעו בני מתא הנז' מראובן הנז' דיפרע דמי המס הראוי לתת במשלם עספ"א כאחד מבני מתא. ויהי' כמשיב ראובן הנז' דמאחר דהוא מעדת המוסילי"י הפטורים ממשא מ"ו אין לו לגרוע כחו משום דעק' דירתו ממתא קושטא ובא לגור בעיר ברוסא יע"א והרב המובהק נר"ו עלה על דעתו להיי' לראז' הגם דהוא מעדת המוסילי' ואיליה מהפיא דכתב הרב הכנה"ג סימן קס"ג הגה"ט אות טו"ב דמי שבא לדור בעיר אחרת אם נתקבא שם י"ב חו' הרי הוא נכנס בכלל ההסכמו' דישנם באותה העיר ושרעט וכת' אלי דלמעשה ידיו לו אסורות עד שאגלה דעתי דעת הדיוט להיכן הדין נוטה ובא שעתא כאתי בשורותיים במכתבי למנ"ור נר"ו דהל לגבי דידי במלת' כדנא יש להתיישב היטב בדבר ולכשאפנה אשנה לבא בארוכה כפי אשר יורוני מן השמים ועתה פניתי אל לבי לישא וליתן בענין זה בקיצור נמר' דאין הפנאי מסכים מפני לוחקא דליבורא

וזה הואיל לפום ריהטא נראה דמאחר דהמלך יר"ה זה ימים ושני' אינו מטיל מס מהקצב' הקצובה על כוללות של כל האומות אלא נתן עיניו במי שיש לו שדות וכרמים ובתים וחנויות הטיל מס על כל אחד סך קצוב ואם הבעלים הראשונים מכר שדה וכרם לאחר הלוקח נכנס במקומו של המוכ' וזהו בשאר מדינות מלכותו זולת דבעי' מלוכה קושטא יע"א הטיל מס גם ע"כ אומנות ואומנות ויש מהם על החנויות באופן דבכוללות על כל אומה ואומה לא השליט למרמא עליהון שום משא מ"ו יותר מהקצבה הקצובה מימי עולם ושנים קדמוניות וכיון דלא הרבה על בני מתא ברוסא יע"א המס הקצוב על כולל ממה שהיה עליהם מקדם קדמתא מימי עולם ושנים קדמוניות א"כ מאי טעין ראובן לבני מתא מה להם כי יועקו דמה הפסד גרמתי להם אף דר' היה היה מעדת החייבים במס

ואינו מעדת המוסי' והלועזים הפטורי' ומלי פטר נפשיה בטענת קי"ל דהא הרב הנמק"י ז"ל פ' חזקת גבי מימר' דרב אשי פרדכת מסייע מתא והביאה הרי"ף בהלכות כתב וז"ל אמר המחבר נ"ל דהא דאמרינן י"ב חו' לפסי העיר ופירשנו דה"ה למסים כו' היינו כשאין להם מס קבוע ושמא מתרבה המס בשביל זה כיון שיושב בעיר כו' עכ"ל הרב הנמק"י ז"ל והביא לדבריו אלו מרן הב"י סימן קס"ג סעיף ט"ו יע"ש מהאי לישנא מוכח דכל היכ' דהמס אינו אלא הקצבה הקצובה כאשר היתה באמנ' מקד' זה הבא לגור באר' הביא לא מחייבינן ליה בעבור ישיבתו בעי' י"ב חו' דמה הפסד גורם לבני מתא אשר מהאי טעמא כתב שם הרב הנמק"י משם הריטב"א שהקד' מדברי הר"ש ז"ל דהא דאמרי' דפרדכ' מסייע מתא היינו דוקא דמה שפחת מזה נתרבה לבני מתא מה"ה נותן כל הראוי לו כו' אבל אם לא נתרבה המס עליהם בהללתו אין לו לסייע כלום יע"ש הרי דהגם דבני מתא הנה הנם בגורם המעלות לסיבת פיטורו והללתו והוה לן למימר דתסייע לבני מתא עכ"ז מאחר דזה לא גרם להם לבני מתא הפסד ממה שהיו פורעין מקדם ביאתו שפיר איכא למיען בעלו דמה כוחם של בני מתא לחייבם להבאים מקרית חוצו' ולבי' ישבו במתא י"ב חו' ואין לומר דמה ראיה יש הכא שאני דהמלך פטרו ואינו גובה ממנו דהא לא מכרע' כלל דהכא נמי אינו גובה ממנו מראובן כלום ׃

והגם דהאי סברא של הרב הנמק"י אינה מוסכמת מהכל דהא הריב"ש בתשו' סימן קל"ב הביא לדבריו הרב הכנה"ג שם הגב"י או' יו"ד חולק וס"ל להריב"ש דאף במס הקצוב ואין כאן ריבוי כלל עכ"ז כיון שדר י"ב חו' חייב כא' מבני מתא מ"מ כבר הרב המאסי' אסף וקבץ מכמה גדולי אחרונים ז"ל דקיימי בשיטתו של הרב הנמק"י והביא משם מהר"ש חיון ז"ל דכתב דמלי פטר נפשי' זה הבא לגור בטענ' קי"ל כהרב הנמק"י יע"ש ועי' להרב מט"ש שם אות ח' למדנו מזה דבנ"ד דלא מבעיא דראובן הבא לדור הוא מעדת המוסילימים דפטור ממס דאין בנו כח לחייבו אלא אפאם היה היה ראובן מעדת החייבים במס עכ"ז פטרינן ליה דמה כוחינו להטיל עליו מס מחלק בני מתא הקבוע עליה' מילי שנה בשנה כ"א ואחד לפי ערכם הנה נתברר לפי טע' זה דראובן הבא בשאלה פטיר ועטיר מאביעת בני מתא ברוסא יע"א אם לא נתרבה המס על בני מתא

אמנם איכא טעמ' אחרינא דפטרי' ליה לר' הגם דנתרב' המס והוא דלכבר ידוע פלוגתא דרבוות' בפירושא דהאי סוגיא דאמרו בתלמו' אי תנן במתני' לפסי העיר תנן. דלדעת הרמ"ה ז"ל שם והרמב"ן והרא"ש והרב הנמק"י והר"ן ז"ל כולהו ס"ל דבכלל דהאי לישנא דפסי העי' נכלל נמי כל מילי דמס ממשא מ"ו ומי שהוא דר בעיר י"ב חו' נכנס בכל חיובי בני מתא ממשא מ"ו ולדעת מהר"י ן' מיגאש ז"ל הביאו לדבריו הרמב"ן והרא"ש והנמק"י ז"ל דכ' דאינו נכלל בהאי לישנא דפסי העיר מילי דמס ממשא מ"ו יע"ש וכפי סברא הלזו לא מחייבינן ליה למי שלא

במתא

במתא י״ב חודש במילי דמס וכנראה דס״ל להרב א״ז הביא דבריו הרב תה״ד סי׳ שמ״ב שכתב משם הרב א״ז שראה כמה קהילות דאין נוטלין מס מן היתומי׳ עד אשר יגדלו וינשאו וזהו דין תורה ושייך על דברי הרב א״ז הרב תה״ד דנהגו ליטול מס מן היתומים מטעמא דסמכו על סברת הרא״ש ז״ל שכתב דכל מיני מסים מידי דנטירותא הם יע״ש הרי דהר׳ א״ז אסברא לן דמאי דאמרינן בתלמודא הכל לפסי העיר ואפי׳ מיתמי בהאי לישנא אינו נכלל מסים ושאר משא מ״ו וכסברת מהר״י ן׳ מיגאש וגם מריהוט לשונו של הרב תה״ד ז״ל משמע דס״ל כסברת הרב א״ז דמדינא פטרינן ליה ליתמי ממסים דלא אמרו בגמ׳ אלא דוקא בם דהוי מילי דנטירותא אבל מילי דמסים לא נכנס בהאי לישנא אלא דמשום דוחקא דציבורא סמכו הקהילו׳ סמיכה בעלמא על ס׳ הרא״ש ז״ל וכן מצאתי להרב מהרשד״ם ח״מ סימן תל״ו הביא דבריו הרב משא מלך דקל״ט ע״א יע״ש, דכתב כן דהרב תה״ד קאי בשיטת הרב א״ז

באופן דהאי דינא דמתני׳ דלפסי העיר שגי בי״ב חו׳ כפי דעתם של שלשת הרועי׳ ה״ה מוהר״י ן׳ מיגאש והרב א״ז והר׳ תה״ד קיימי בשיטה אחת דאינו נכלל בהאי לישנא דפסי העיר מסים וארנוניות והגם דאין משמעותם של הגדולי׳ הללו אלא גבי פיטורא דיתומים מ״מ מה שאינו לחלק ביניהם כדי להוציא מרשות המוחזק מאחר דחד לישנא הוא ואין לחלק ולומר דבנתרבה המס מודו הגדולים הללו דמחייבינן ולא קיימי אלא בלא נתרבה דהא ליתא דאי בלא נתרבה הלא כבר כתבנו ס׳ הרב הנמק״י ודעימיה דמתני׳ לא איירי, אלא בנתרבה ומש״ה מחייבינן למי שדר י״ב חו׳ אבל אם לא נתרבה אף שדר י״ב חו׳ פטור אם כן כי פליג הרב הנמק״י על ס׳ מהר״י ן׳ מיגאש היינו בנתרבה וכאמור

ואיברא דהרב מהרימ״ט ח״מ סימן ס״א כת׳ על ס׳ הלזו של הר׳ מהר״י ן׳ מיגאש ז״ל וז״ל שדעתו הוא משום דליתמי לא רמינן אלא במידי דבריר לן דנהנין ממנו אבל בס׳ שמא יועיל לא מפקינן ממונא מנייהו דיתמי להו בני מחיל׳ נינהו וכדאמרי גבי כרי׳ דאי לא מדויל בעי למעבד ניהלייהו כו׳ הלכך מסים וארנוניות אע״ג דמשתמשא לנטירותא דידן עבדי שמא לא יועיל ומספיקא לא רמינן עלייהו יע״ש והרואה יר׳ דלפי דברי הרב ז״ל דוקא גבי יתמי הוא דפליג מהר״י ן׳ מיגאש עם הרמ״ה ודעי׳ אבל בשאר אינשי דעלמא מודה וזה הרב מהר״י ן׳ מיגאש דהאי לישנא דפסי העיר כולל נמי אפי׳ משא מו׳ ומחייבי׳ ליה למי שדר במתא י״ב חו׳ דהא אין טעמו של מהר״י ן׳ מיגאש משום משמעות הלשון לומר דאינו כולל מסים וארנוניות אלא טעמא דדינא הוא משום גברא דהיינו יתומים דבאים אנו לחייבם בס׳ ואי כלל מוסכם בידינו דיתמי לאו בני מחילה נינהו ולא מפקינן מינייהו וממילא אתה למד דאודא לן הרא״ה דכתי׳ דמצי ר׳ בנ״ד לו׳ קי״ל כמהר״י ן׳ מיגאש ומצי משכר נפשיה בהך טענ׳ דקי״ל כמהר״י ן׳ מיגא׳ והרב א״ז דהא אין טעמייהו משום משמעות לישנא אלא משום הוא גברא דיתמי לאו בני מחילה

האמנם לדידי חזי לי דטעמייהו של מהר״י ן׳ מיגאש ודעי׳ דפטרי להו ליתמי ממסים וארנוניות הוא מטעמא כיון דיתמי לאו בני משא ומתן נינהו מדינא דמלכותא פטירי דאין המלכות שליט למרמי עלייהו דיתמי משא מו׳ וא״כ אם באנו לידי מידה זו מינה דבנ״ד מורה יוצאה דפטרי׳ לר׳ זה מהאי טעמ׳ גופא כיון דהוא ממשפחת המושילי׳ דמדינא דמלכותא פטירי ממשא מו׳ הגם דדר במתא י״ב חו׳

ובשאני לעלמי לדידי אסתברא כטעמא דילן דלטעמיה של הר׳ מהרימ״ט דפטרינן להו ליתמי משום דהוי ספיקא וכטעמא דכריא כו׳ ומה דמות יערוך להפירת בור דהתם שאני דכבר נתברר לכל דהבור רק ואין בו מים ונתברר לכל רואה דליכא הנאה ליתמי ברם לגבי משא מ״ו דמשתמשי׳ לנטירותא דמתא עבדי דאלמלא האי נטירות׳ ישנו תחת האפ׳ דיבואו שודדי לילה לשלול שלל ולבוז בז וע״י הבטחה וראיית׳ לשומרי מתא דהנה הם מוכני׳ לשמור תיפול עליהם אימתא ופחד של השודדים הרואים דיתבי נטורי קרתא יומם ולילה עם כלי זיינן ופרשי. וברחי אפי׳ מקיר העיר והולכה נמצא דע״י ש׳ שמירת העיר הלזו דעושין בני מלכותו הנה בני מתא יושבים לבטח ואין פרץ ואין פחד לכל איש ואשה בין גדולים ובין קטנים וכיון שכן אין לדמות מילתא דנטירותא כזאת לדינא דהפירת בורות שיחין ומערות למצוא אפיקי מים ולא מצאו דנתברר לעין כל הרואי׳ דלפי האמת דליכ׳ שום הנאה ליתמי בהאי חפירת מים לא כן גבי שמירת מתא דהגם דלא ידעי׳ אי באו שודדים לעיר או לא באו מ״מ כך היא דרכה של שמירת העיר ומי יהן ידעתי דלינא דלא באו

וכה״ג תנן שם בפ״ק גבי מחלוק׳ רשב״ג וחכמי׳ דחכמים ס״ל דכופין בני העיר לבנו׳ דלתים ובריח אפי׳ לעיר שאינה סמוכה לספר משום דזמנין דמקרו ואתו גייסות ופסקו כן רובא דרבנן של הראשונים דקי״ל כחכמים יע״ש הרי דלפי׳ מה זו דינא דלגבי שמירת בני מתא חיישי׳ לאתרמי וחיישי׳ דילמא מתרמי גייסא ומחייבי נמי היתומי׳ בכל דיני שמירת העיר כשאר אינשי דבני מתא דלא מפלגי׳ בשמירת מתא בין גדולים לקטנים וכן הוא משמעו׳ לישנא דהרמב״ם פ״ו מה׳ שכנים ה׳ ו׳ דכתב כל דברים הצריכין לשמירת העיר כו׳ וכתב דלוקחין אפי׳ מהיתומים כו׳ וסובב הולך לכל מ״ש בההוא פרקא דפסק כרבנן מדלא חילק וכמ״ש ואחר דיני שמירה בה׳ ז׳ פסק דין חפירת הנהר יע״ש וכ״כ הרב בעל פרישה שם סי׳ קס״ג ס״א וסט״ז ובסמ״ע שם הביא דבריו הרב כנה״ג שם הגה״ט אות א׳ הרי דאסברא לן הרמב״ם דלא מדמינן דיני חפיר׳ בורו׳ להביא מים לדיני שמירת של בני מתא דרב המרחק ביניהם וכאמור דלא דמיין אהדדי כלל וא״כ נשאר לנו לברר טעמן של הראשונים מהר״י ן׳ מיגאש והר׳ א״ז דפטרו את היתומים אם לא שנאמר משום דאין המלכות שולט למירמא ליתמי משא מ״ו דיתמי דלאו בני משא ומתן נינהו ואשיה נפשם ומרחמי עלייהו דיתמי ויעויין למהרש״ם בתשו׳ הנז״ל דכתב וז״ל דע״כ

דע"ל לא חייב הרא"ש במסים וארנוניות ליתומי' אלא דוקא במלכות אדום דהיו פורעין מס הנשים לפי הממון שלהם וגם הקטנים דאין שמה אלא כפי הממון אמנם במלכות תוגרמה אשר אנחנו בו אין הנשי' ולא הקטנים פורעין מס מדינא דמלכותא עכ"ל באופן דלפי דעת מהרשד"ם בכונת הרא"ש ז"ל דלא דיבר הרא"ש אלא לפי מקומו ובעתו דוקא דשקלי מס מן היתומים דהיינו מלכות אדום אשר מטעם זה כירש הרא"ש הסוגיא דהכל לפסי העיר ואפי' מיתמי דהוי אפי' לגבי מסים משום מקום מלכותו דשקלי מס מן הנשים ומן הקטנים האמנם היכא דהמלכות שקלי מס מן היתומים כגון מלכות תוגרמ'ה יר"ה וכדו' לא מחייבי' להו ליתומי' אלא דוקא מילי דנטירו' כגון פסי העיר דוקא ומינה נמי בנ"ד דר' זה הוא מעדת המוסי'לי דמדינא ד"מ פטיר ועטיר מכל מיני מסים לא מחייבינן כלל אלא דוקא במילי דנטירות' ולא במילי דמסים

באופן דלפי מ"ש הדין יוצא דגם הרא"ש מודה ובא בנ"ד דר' זה פטיר ועטיר מתביעת הכולל בני מתא ברוסא יע"א האמנם כפי פירושו של מהרשד"ם בדברי הרא"ש הנה מפו' יוצא דפשיט ליה להרא"ש דמהר"י ן' מיגאש ז"ל פוטר להיתומים הגם ד"ד הוא לגבות מס מן היתומים ודלא כמו שכתבתי בכונת מהר"י ן' מיגאש דלא פטר מהר"י ן' מיגאש ליתומים אלא דוקא מטעמ' דהמלכות אין גובין מן היתומי' וע"ו בא הרא"ש לחלוק על ס' מהר"י ן' מיגאש וכ' עליו דהגם דברירא לן דהמלכו' פטרי ליתו' מכל מקום מ"מ מאחר דתלמודא דילן מחייבי' להיתומים במידי דנטירותא דהיינו פסי העיר ה"ה והוא הטעם בכל מילי דמס דכולהו נטירותא נינהו ולא אזלינן בהא בתר פיטור המלכות

והכי דייק לישנ' דהרמ"ה בה"י שם פ"ק דבתר' סימן כ"ו שכתב וז"ל וה"ה למסים וארנוניות דכולהו מידי דנטירותא נינהו כדבריתא ועוד דלא גרע מלכא מפרש וטורזינא דודאי נטירות' דמלכא עדיפא עכ"ל ולמעלה סימן כ"ה לענין י"ב הו' יהיב טעמא וז"ל ועוד דהא לא יהבי משדר מלכא שקיל כו' יע"ש ויש לדקדק על הרמ"ה ז"ל דהאי נסי' פ"ו לא יהיב האי טעמא דהתי מלכא ושקיל אלא משמע לפום ריהטא דנסי' פ"ו דאיירי לחייב להיתומים לא אפשר לאת האי טעמא מאחר דלפי האמת לאו אורחיה דמלכא לשקל מס מן היתומי' אלא יהיב תרי טעמי לחייב להו ליתמי וכלהו חד טעמא אולי האחד דמאחר דתלמודא פסיק לענין פסי העיר מטעמא דנטירותא מינה נמי למילי דמס דכולהו נטירותא נינהו ועוד דמי גרע נטירותא דמלכא כו'

באופן דלדידן מלי ראובן בנ"ד לתפט' נפשיה מטעמ' דקי"ל כס' מהרי ן' מיגאש ורב א"ז והרב תה"ד וגם הרא"ש נלוה עמם לפי פירושו של הרב מהרשד"ם ז"ל ולא שייך הכא ליהו וליחן בדברי כח גדולי האחרונים דס"ל דהרבים מוחזקים דהגרה בלדה דמאחר דראובן הוא מעדת המוסיי"לי לא שייך הטעם דמוחזקים כו' וכמו שבא הדבר מפורש בהני ספרי דבי רב עיין עליהם (**אה** עי' כ"מ ה"ג סימן ט וכי תימא כו' מוהרש"ה סימן ט)

וכ"ת אי מהאי טעמא דפלוגתא דרבוותא ז"ל אתינן עלה א"כ אי מנהג מתא ברוסא יע"א הוא דשקלי מס מן היתומים הרי נחבר' דפסקו ההלכה כרובן של הראשונים ז"ל לגבות מס מן היתומים וכבר ידוע דבענייני מסים הכל תלוי במנהג העיר דהגם דדינא דמלכותא שאין לגבות מס מן היתומים מ"מ עבדי עובדא למגבי מן היתומים ומינה נמי דגרע כחו של ראובן זה דבא בטענה דמדינא דמלכותא עדת המוסי' פטור

הא לא מכרעה דהרו' ירי' דלא ראי זה כראי זה ורב המרחק ושנ' ושנ' דמנהג קושטא עירנו יע"א יוכיח דהגם דהמנהג קושטא הוא לגבו' מס מן היתומים בהנחה דעושין דהיינו אם המס הוא לגבות למי שהוא בעל שמת אלפי' גרו"ש דיתן לבן אחד מן היתומים פטרי להו עד שיהיו שמונת אלפי' גרו"ש אבל כל לגבי עדת המוסי' לא שליט למירמא עליהון שום פ"ק ממשא מ"ו אפי' דהוא בעל נכסים הרבה יותר מלאי והטעם נראה לפום ריהטא' דפיטור' עדת המוסי' הוא דהמלך יר"ה ליוה וגזר אומר על עדת בני ישראל המסתופפים בצל מלכותו שלא יגבו שום משא מו' מכל עדת המוסילי ברם לא כן לגבי מס מן היתומים דניתוסי המלכות הנהוג ביניהם הוא שלא לגבות מס מן היתומים אבל לא גזרו לבני מלכותם שלא יקחו מס מן היתומים אם רוצי' בעיניה' לתקן איזה תיקון ומנהג לגבו' מס מן היתומי' כדי שע"י זה היכא ישוב ושלום ביניהם וא"ת מה מדמינן מנהגי מתא אתת למנהגי מתא אחריתי דאם במתא קושטא"ה נהגו שלא לגבות מס מעדת המוסילימים מכח ציווי המלך ואעפ"י כן נהגו לגבות מס מן היתומים מ"מ מנהג מתא ברוסא אינו כן שלא גובין מס בין מהיתומים ובין מעדת המוסילי אל תאמר כן דהא אמ נהגו לגבות מס מן היתומים ממי עולם מ"מ לא היו גובין מס מעדת המוסילי אלא מזה זמן דהסיה נפשם של עדת המוסילי

ועדת הלועזים על עדת שאר בני מתא וחייבים במס לקיים מקרא שכתוב למען תלך בדרך טובים כו' וקבלו עליהם להתחייב במס דאלם מתחייב במה שאינו חייב באופן דהאי קבלה שקבלו עדת המוסי' לפרוע משא מ"ו אינו אלא מזה זמן מה דמקדם קדמתא לא היו בני מתא גובין מס מעדת המוסי' ולא מעדת הלועזים אלא היו גובין מס מן היתו' אם המנהג כן דגובין מס מן היתו' באופן דאם המנהג במתא ברוסא יע"א שלא לגבו' מס מן היתו' נמצא דתפסו בני מתא כו' ס' מהר"י ן' מיגאש ור' א"ז והרב תה"ד דסברי דמן הדין אין גובין מס מן היתומים וכפי ס' מהרשד"ם הנז' אף הרא"ש מודה ובא דלא גבינן מס מן היתומים דאנן קיימינן תחת ממשלת אדונינו המלך יר"ה דפטרי להיתומי' ממס וכפי זה גם מעדת המוסילי אין לגבות דמן היתומים אין גובין מטעם דד"מ גם מעדת המוסילי' גם כן והוי המנהג שקול בפלס מאזנים ובהדא מתא מהאי מתא מהיכא הזמנים מנה אם המנהג מקדם קדמתא ומשני' קדמוניות במתא כו' דגובין מס מן היתו' ולא היו גובין מעדת המוסי' כמנהג מתא מהסיא קושטא עירנו יע"א דמן היתומים גובין ומעדת המוסי' אין גובין

גוזים מש אלא דרלו בני מתא לרהס על בני מת' נו' א"כ אינכח בידינו לכופלמי שבא לגור בא"ר' בהיתר מן הדין

וכי תימא האי סברה דילן לא ניתן ליאמר אלא מצד הדין דוקא האמנם היכא דעשו חקנה ביניהם והסכימו כל יושבי בני מתא ברוסא נו' ונועדו יחד אוספו כל הנדרשים עדת המוסי' ועד' הלועזים ועדת החייבים וקבלו עליהם האי תקנה כתהז"ל להשתוות ולפרוע מס בכל מכל כל ושלא לחת פוס הפרש והבדל בינם לבין שאר יושבי מתא א"כ ר נו' הבא לגור שם וכבר עברו שנים ימים תרי הוא נכנס בכלל ההסכמה והתקנה שהסכימו בני העיר וכמו המפורש יוצא מילתא כדנא מתשו' הריב"ש סי' קנ"ב הביאו דבריו גדולי האחרונים ז"ל וז"ל עוד כתבת כי הקהל עשו הסכמה כו' כי כל שבא לדור עם הקהל שיתחייב לפרוע עמהם כו' ובא לכאןיהודי אחד כו' ואינו רוצה לפרוע מס עם הקהל לפי שהוא נוהק למלךכו' תשו' לכן זה היהודי אם הקהל פורעים למלך דבר ידוע בכל שנה בדרךכלל חייב הוא לפרוע עמהם שהרי שדר י"ב כו' אלא א"כ מסלק המלך כו' ומקבלו לשם בחשבון וכן אם הקהל פורעין בדרך פרטי דגבאי המלך שואל לכל יהיד ויחיד ומניח לזה מפני החק אין לקהל שום דין עליו כו' ואין צריך לו' בשיש תקנה והסכמה בקהל דהבא לדור נקהל על הסכמותיהם הנה הוא בא ומתחייב בהם וכ"ש שהיא הסכמה הראויה מן הדין כדי שלא ילך כ"א אצל המלכו' לפוטרו מן המס כו' עכ"ל הנה כ.פורש יוצא לכאורה ממשמעות ליסנא של הרב דהגם דהיחיד הוא פטור ממס מכח המלכות עפ"ז אם בעל' המס הוא דבר כללי ואינו פרטי דינא הוא דמחייבי' ליה בי דינא לפרוע מס עמהם של יושבי מתא מתהר דכבר דר בעיר י"ב חו' ומינה בנ"ד דהגם דר' הוא כטור מכח ד"ד עכ"ז מכח התקנה וההסכמה דהסכי' ביניהם שפיר כביר מלאה ידי בני מתא נו' למירמי עליהון על עדת המוסילי הבאים מקרית הוגות לגור בארץ הזאת כל היכא דהמס הוא דרך כללי לכמו דאסברא לן הריב"ש ז"ל

ברם הרואה יראה ולבבו יבין דאין דברי הריב"ש המוריה אלא בגוונא דאף היחיד הוא איבו ניכו מן החייבים במס כאחד מבני מתא אלא דבא ונתפשר עם המלך כדי לפוטרו בנתינת החק דלעולם הדין הוא חובת של המלך למירמא מס עליו ולפי האמת כבר הוא נותן מס לאוצר המלך האמנם היכא דנכתב ונחתם בטבעת המלך דהמשפחה הלזו של עדת המוסילי לא שליט למירמא עליהון שום מס מ"ו מיום הוסדה מלכו' תוגרמ'א יר"ה במדינו' הללו מפום הנאה וחועלת שהיתה למלכות בכהס"ג לא דיבר הריב"ש דנכנס הוא בהסכמות ותקנו' הקהל אחר דירת י"ב חו' דהא דינ' דמ"ד ודברי' אלו מדויי' ומתבארים מתשו' הריב"ש עצמו שם שכתב וז"ל וכ"ש דהיא הסכמה הראויה מן הדין כדי שלא ילך כל א' אצל המלכו' לפוטרו מן המס ויעמים אונו על אחרים עכ"ל והרואה יר' דהאי טעמא לא שייך בעדת המוסי' דלא שמי ביד שום אדם לילך אצל המלך ליכנס עצמו בעדת המוסילי אלא דוקא מי שהוא זרעו וזרע זרעו דמסר בידו המלך: ההאע"י עיריף

כאשר מפורש יוצא בתשו' מהרשד"ם ז"ל כנודע

אמנם מתשו' הריב"ש סימן חע"ו לא משמע הכי לפום ריהטא דהא כתב שם וז"ל וכל שיש חק קבוע בעיר ומוסכם מן הקהל דכל הבאים מחוץ לעיר לקבוע דירתם בעיר יהיו חייבים בחובות הקהל הקדומים בזה יש לומר שכל הבא לשם בא על הסכמת הקהל וידע ומחיל כל שיראה לב"ד דנודע אליו החק והתקנה אבל אם לא נודע כו' אין לקהל כח לחייבו מאחר דאינו מחויב מן הדין אלא מכח הסכמתם כו' והא לא ידע דמחיל עכ"ל הרי דאסברא לן הריב"ש בהדיא בתשו' הלזו דהגם דההסכמה היא הפך מן הדין שמי בידייהו של בני העיר לחייב את כל הבא מקרית הוצות לגור בארצם הגם דהדין מסייע ליחיד דפטיר ועטיר לפום דינא ומינה יש לדון בנ"ד לכאורה דהגם דראובן פטיר ועטיר מכח דינא דמלכותא של עדת המוסילי מ"מ היוכי מחייבינן ליה במס כאחד מיושבי מתא נו' מכח הסכמתם ותקנתם

מ"מ הרואה יראה דהא לא מכרעה כלל דעדיין איכא למימר דע"כ לא אמרה הריב"ש ז"ל אלא דוקא היכא דפירשו בהדיא בטעת הסכמת' לחייב גם את הבא מקרית הוצות האמנם היכא דלא עלו על לבם של בני העיר בטעת הסכמתם ותקנתם לחייב את הבא מחו' לעיר אלא כל מגמתם של בני העיר לחסים נפשם לרחם ולסייע לעדת הפשוטי' אזי איכא למימר דאין כח בידינו ב"ד לחייב את הבא מחוץ לעיר מאחר דהדין מסייע ליה ליחיד ובשלמ' אם פירשו בהדיא בטעת הסכמתם לחייב גם את הבא מחוץ לעיר אז איכא למימר דאיכא טעמא לחייבו דהא ידע ומחיל דהא כדווא קרי בחיל דכך פירשו בהדיא בטע' הסכמתם דנמצא דכבר קדמה ליה ידיע' למי שבא לגור בארצם אבל היכא דבטעת הסכמתם לא עלה על לבם של בני העיר עצמם לחייב את הבא מחוץ לעיר א"כ אזדא לן טעמא דידע ומחיל מאחר דמחסרי ידיעה אף לבני מתא עצמם זקי"ו על הבא מחוץ לעיר

והשתא דבאנו לידי מידה זו צריכין אנו לדעת איך היתה הסכמתם והתקנה של בני מתא ברוסא יע"א אם פירשו בהדיא בטעת הסכמתם אף למי שבא מחו' לעיר לגו' בא"ר' הביא אז לא פירשו דאם לא פירשו בהדיא דלא עלו ע"ד א"כ פטיר ועטיר ראובן מתביעתם של בני מתא אבל אם פירשו בהדיא אזי שפיר כביר מלא' ידם של בני מתא נו' לגבות מס מראובן והגם דהיה אפשר לצדד ולומר דאף דפירשו בהדיא לחייב אף למי שבא לגור מעיר אחרת איכא למימר דאפשר דהיינו דוקא בדברים השייכים בנימוסי תורתם ודתם של כל עם ועם אבל בדברים השייכים בנימוסי המלכי' לגזרו אומר לתת גדולה וכבוד לפלוני משום דהציל למלך מיד מבקשי נפשו וכל אשר ימרה את פיו לבטל דבר או מכי ממה שגזר המלך אחת דתו להמית משום מורד במלכות וכגון מילתא כדנא מעדת המוסילימים דאסברא לן הרב מהרשד"ם שם בתשובתו הארוכה סי' שס"ד וז"ל ועוד שאילו מענין החרם אשר החרים המלך

המלך על כל מי שיערער נגד הפיטור אם יש לקבילו' בעלי ברית לחוש בו כו' ואחר שאנו משועבדים תחתם אנו מחוייבים לקבל כל דינא ד"מ כאשר נשבענו שלא נמרוד בהם כו' שלא ימרדו שוא אף בשלא נקבל איזה ענין מגזירותיהם כו' ובסו' התשו' כתב וז"ל ומענין חרם המלכים לא נראה בעיני להאריך בזה כי לדעתי גם שאנו מחוייבים לשמור ולעשות דבר מלך שלטון לא מפאת חרם אלילה ע"כ

והנראה דכוונת הרב ז"ל הוא דלעולם חרמי המלכים הנה הנם חזקי' כראי מוצק ומי יבא אחרי המלך לומר דאין לחוש דיספרו פי דוברי כלברים האלה וחלילה וחס לומר כן אלא מלבד החרמים גם אם אין המלי' מטיל חרם בגזרתו חיובא רמיא על כל בני מלכותו לשמור ולעשות ולא מפאת חרם בלבד הנו מחוייבים לקיים שפיר גזרתם ואם לא הטילו חרם אין אנו מחוייבין לקיים מה שגזרו אומר לעשות דמילתא כדנא ישתקע כו' אלא כוונת הרב ז"ל הוא דלא מבעיא אם המלי' החרים בגזרתו דאז איכא תרתי במאמרו הן מפאת החרם והן מפאת גזרתו דהוא דבר מלך שלטון אלא אפי' לא החרים המלי' בקיום גזרתו חיובי מחייבי בני מלכותו לשמור ולעשות שפיר גזרתו וזהו הנראה ריהטא דלישנא ועל פי זה היכא דבאו בני מתא אחת אשר תחת ממשלתו של מלכות הלזו תוגרמה יר"ה ומסתופפים בצילו לעשות איזה תקנה והסכמה כגון מילתא כדנא של עדת המוסי' להיבם על כל יחיד ויחיד הבאי' מקרי' חוצות לגור במתא ברוסא יע"א דעי"ז הם מתבטלים שפיר גזרתם והכרעות דעתו כל המלכים דור אחר דור שלא יוכלו שום נכרא אשר תחת ממשלתו לבא בעקיפין להטיל עליהם משא מ"ז אין ס' דאין קפידא גדולה מזו לגבי אינשי דעלמא כ"ש וק"ו לגבי המלי' דבאים לסתור ולהפיל ארצה מחשבותם ומעשיהם וא"כ אפשר דלא אלים כוחייהו של בני מתא לעשות תקנה כזאת שלא יבואו משפחתם וזרעם של הזקן הרופא אהובם לדור בארצותם של המלכים האדירים עצמם ודבר כזה רחוק משכל האנושי וע' להר' שמח' יו"ט סימן ל"ב דקכ"ה ע"א יעו"ש וסימנים מצאתי מעין דוגמה לזו באותה תשו' הריב"ש ז"ל דסי' קל"ב הנז"ל על אותו יחיד דהיה פורע חק למלך ופטרו המלי' מן המס ובא לגור בארי' אחרת כו' כתב וז"ל דהבא לגור בקהל ע"ד הסכמותיהם הוא בא כו' ולכן יכולין הקהל לכופו לפרוע חלקו כו' והמלי' לא יחוש בזה הרשות בידם מן הדין כו' עכ"ל ויעו"ש להרב הכנה"ג הגב"י אות קפ"ד ומע"ש שם אות קכ"א והנה כפי המובן מדבריו הללו של הריב"ש דאזהרה קא מזכיר להו לבני הקהל דכל זה דיכולין הקהל לכופו לפרוע חלקו אף דפטרו המלי' לזה דכבר נתן למלי' חק קבוע היינו דוקא אם המלי' לא יחוש בזה הרשות בידם ואם כנים הדברים דכוונת הריב"ש ז"ל כמו שפירשנו שמעינן לכאורה דהא לה הריב"ש דאין בקהל רשות אלא דוקא דקדמה להו ידיעה לבני מתא ידיעה ברורה דאין המלי' חושש במה שהקהל מחייבית לאחד במס אחר דפטר הוא את היחיד הא אי לא קדמה להו ידיעה ברורה אם חושש המלך בזה הו לא אלים כחייהו של בני מתא לחייב את הנוכחי בנימוסיהם דהא מסתמ' מקפד קפדי ומינה בר'

הנא בשאלם דהוא מעדת המוסילים לבא לגור בארץ ממשלתו של המלך יר"ה וידו אוחזת הכתב והמכתב החתום בטבעת המלך דלא שליט למירמא עליו שום משא מ"ו והבני מתא נו' תובעים ממנו מס כא' העם ואם לאו אינם מניחין לדור במקומם דאז ודאי כגון דא ומילתא כדנא קפדי המלכים וזהו מה שעלה ע"ל לצדד דישנו תחת האפשר דלא אלים כוחייהו של בני מתא נו' וכאמר

אלא דחזרתי לאחורי ממה שראיתי לרבני עירינו קושטא יע"א והובאו דבריהם הרב דב"מ ח"ג סי' י"א דט"ן ע"ב וז"ל אנהנו ב"ד כו' ובעבור זאת כו' דמסתמא אמרינן דפטור ממס מדינ' דמ' כו' כ"ש בחובות הקודמות דפטור מה"ד אם לא שיהיה מנהג מבורר לחייב אף בזה עכ"ל הרבנים ז"ל והנה ממה שכתבו הרבנים בסתמא דהגם דפטור מפאת המלכות אי איכא מנהג לחייב אזלי' בתר מנהגא ולא משגחינן ממה דהמלך פטרו מוכח הפך ממה שכתבתי ואם נדחה ונאמר דילמא לא אמרו כן הרבנים אלא דוקא בפיטור הלועזים דאינו כפיטור עדת המוסילים הא לא מכרעא דסוף סוף לא בא בדברי הרבנים לא חיישי המלכים או לא מש' דפשיט להו לרבנים ז"ל דלא חיישינן לזה כל דאיכא מנהג פשוט לחייב גם הרב דב"מ שם ע"א עלה בהסכמה לחייב את הני תרי אחי הלועזים דפטורים הם מפאת דינא דמלכותא מכח ההסכמה דהבא לדור בארץ שיפרע עמהם בכל מיני ממשים כו' אם ירצה לב"ד דידעו ההסכמה כו' והביא ראיה הרב דב"מ מתשו' הרב לח"ר דהסכים לדינא דאזלי' בתר המנהג העיר לחייב את הבא לדור שם הגם דאחורת איהו ניהו מעדת הפטורים מכח דינא דמלכות' יעו"ש הנה מבואר מדבריהם דלא עלו על שפתי הצדיקים אי איכא למיחש אי יש הקפדה למלך ומה שהביא הרבדב"מ שם תשו' הרב אחי הנה כבר נדפסו תשובות הרב ז"ל בס' פני אהרן ח"מ סי' י"ד יע"ש וא"כ מדלא חיישי הרבנים לדברי הריב"ש שכתב והמלך לא יחוש בזה הרשות בידם צריך לומר דפשיטא להו להרבנים ז"ל דאין כוונתו של הריב"ש דלאזהרה נתכוון אלא כוונתו דבפשיטות קאמר דהמלך לא יחוש במיל' כדנא מאחר דהוא תיקון גדול לישוב הארץ שלא יהיה מחלוקת ביניהם וסברא גדולה היא שלא יקפיד המלך מאחר דאינו מצדו כך נר' דעתם של הרבנים ז"ל

ואחר החיפוש הזה ראיתי לגדול שבדורינו הר' מהר"י חזן בס' חק"ל ח"א וסימן ק"ח דקט"ן ע"ב ד"ה באופן כו' שכתב וז"ל אכן נר' דגם זה אינו דכל מ"ש הפוס' ז"ל להלוך אחר המנהג הוא במנהג שנהגו על חייבי המס אבל אם נהגו ולהטיל מס על עדת אנשים פטורים ממס לאו כל כמינייהו שכן מבואר בדברי הר' משא מלך דס"ה וז"ל שאם הטילו מס למי שאין ראוי להטיל ע"ד שאמרו בש"ס על ר"ן דרמא כרג'א ארבנן כו' בלי ס' שהוא מנהג בטעו' וראוי לבטלו וא"כ כו' במלכות שלנו דלכ"ע יתומים פטורי' כיון שגם מד"ל שלא לגבות מס מקטנים אי נהגו לא מהני דהוי כמתכוין על הגזל כו' וסיים שם הרב ע"ד וז"ל אבל ביתומי' במלכו' שלנו אה"נ דאף אם נהגו ראוי לבטל המנהג עכ"ד הנה דברי הרב ברור מללו דפשיטא ליה כמו שכ' דדנו בעניותינו

ואיברא

ואיברא דאיכא לאתמוהי על הרב חק"ל ז"ל על עיקר סתיכתו דסמך מדברי הרב מ"מ ז"ל דאיכא למישדי נרגא דלא אמרה הרב מ"מ אלא דוקא דומיא דהרג"א דרבנן דאלי' כוחייהו דהעובר על זה עבר אדאורייתא' ואדרבנן והכי דייק לשון הרב דכתב וראוי לבעלו אם יהיה להם"א התנאי' כו' יעי"ש ברם לשאר מילי לא אמרה ווה לך האות דהרי כתבתי לעיל דברי הר' דב"מ דהביא הרב חשו' לח"ר ותשו' רבני קושטא עירנו יע"א והוא אז"ל ומודה דהנס דפטיר ועטיר שבא לגור בארץ הביא מדינ' ד"מ עכ"ז מכח המנהג אלים כוחייהו של בני מתא לחייבו להאיש ההוא והרואה יר' דלא עלו על דעת' דברי הרב מ"מ דפשיט ליה דכל דהמנהג תוא להטיל מס למי שאינו חייב מבטלינן ההוא מנהגא אלא מש' דס"ל להרבנים הנז"ל דרב המרהק ביניהם ולא ראי זה כראי זה וא"כ איכא לאתמוהי על הר' חק"ל דפסי' נסכינא חריפא דראוי לבטל המנהג הפך דעתם של הרבנים ז"ל ואיך עינא דשפיר חזי לא שליט בהני ספרי דבי רב

ואיברא דיש להביא ראיה לסתורה לס' הרב חק"ל מתשו' הרב המבי"ט ח"ג סי' ו"ן דנשאל הרב על עיר א' דעשו הסכמה דכל מי שבא לגור בארץ הזאת להסתחר בעיר ויעמו' לת"ל יום דיסייע במסי העיר אם רשאי' בני מתא להסכי' בכך כו' והשיב הרב וז"ל דכיון דזה שבא מקרי' חוצות להסתחר בעיר פור' מס גולגלתו למלך והמלך נותן רשות דיסחרו במקום שירצה להסתחר מאחר דפור' מס גולגלתו למלך ווהו ד"דת אינן יכולין לעכב עליו ולא לעשות הסכמה כו' עכ"ל • הרי דפשי' ליה להרב המבי"ט דכל דאיכא דד"מ לא אזלינן בתר ההסכמה שהסכימו לבטל דינא דמ' והרי זה כס' הר' הק"ל ויעויין בתשו' הרב ב"ד ח"מ סי' ק' דנשאל מעין השאלה דנשאל הרב המבי"ט והסכימה דעתו של הרב ב"ד דכל דההסכמה היתה הפך ד"דמ לאו כל כתינייהו של בני מתא לעשו' תקנה ולחייבו להאיש הבא לפטור עצמו מכח הורמנא דמלכא ונסתייע מדברי שלשת הרועים מהרשד"ם ז"ל והמבי"ט ומהר"ש אלשיך ז"ל דסבירא להו הכי יע"ש •

באופן דמלתא כדנא דנ"ד במחלוקת הוא שנוי אי כביר מצאה ידם של בני מתא נו' לעשות הסכמה הפך דינא דמלכותא דלפי דע' הלח"ר והרב ד"מ ותשו' רבני קושטא כולהו ס"ל דאלים כוחייהו של בני מתא לעשו' הסכמה הלזו ה"ה הרב המבי"ט והרשד"ם ומהר"ש אלשיך שלשה המה מטיבי כפי מ"ש הרב ב"ד ונלוה עמם הרב חק"ל דס"ל דאלים הורמנא דמלכ' לבטל ההסכמה והתקנ' דהסכימו בני מתא ולא אזלינן בתר מנהגא וכיון שכן מי ערב לבו להוציא ממונא מתחת יד ר' ומה תאמר הרי כ' שם מהר"י הון וז"ל הלא דעכ"ז באתרין דאתריה דרב הוא מהר"י איסקאפה דהסכים להייב ליתומים במס אף שלא ירדנו לסוף דעתו כו' מי יוכל לדון נגד דעתו כו' ואף שכתבתי דהא לא מכרע' מ"מ אינו ברור ומדי ס' קלא לא נפיק כי ע"כ אף דנ"ל דפטורין אין בידי כח להורות הכך דעת הרב עכ"ל הרי דהרב ז"ל ביטל דעתו להוציא ממון מהיתומים וכסברת הרב מהר"י איסקאפה ז"ל וביטל הורמנא דמלכא נגד הסכמת העיר

הא לא מכרעא למשום דאתריה דמר מהר"י איסקאפה דהסכים לבטל דינא דמלכו' נגד מנהג העיר וכמו שכתב בהדיא מינה הא בעלמ' איכא למידק בדבריו ז"ל דלא מבטלינן הורמנ' דמלכ' נגד הסכמת העיר אשר מטעם זה סיים בדבריו וז"ל וכיון דאינו ברור ומידי ס' קלא לא נפיק כו' ע"כ ואדרבה כיון דהוא ספיקא לא מפקינן ממונא וכ"ש מהיתומים אלא מאחר דאתריה דרב הוא אין בידו להורות הפך דעת מהרי"א ז"ל •

ואין לכלל מתשו' הרשב"ץ ח"א סי' קכ"ג שכ' וז"ל ומ"מ נראה דאין נכללים בכלל החרם של בני העיר אלא אותם הפורעים מס דוקא עמהם אבל אי לא שייכי בכרג"א בהדייהו אינם מבני העיר וקהלם כו' ע"כ הרי דאסברא לן התשב"ץ דבתקנת והסכמת דעושים בני מתא כל מי שידו תוהו' ואיתי בידיה הורמנא דמלכא לא יכלי בני מתא הביא לחייבו מכח הסכמתם את מי שהוא פטור מכח דינא דמלכו' והרי זה לסתורה כס' הרב הק"ל דהרואה יראה דהא לא מכרעא דהא הרשב"ץ לא איירי היכא דנהיגי בני מתא להשתתף במס לכל בני מתא ולהטי' מס בין לדעת החייבים במס ובין לאנשים פטורי' במס אבל דברי הרב הק"ל סובב הולך דהנס דנהיגי בני מתא להטיל מס אף על הפטורים מכח הורמנא עם כ"ז ס"ל להרב חק"ל דלא אזלינן בתר המנהג הלזו אף לגבי הפטורים מפאת המלך וכמו שמבואר שם וכאמור למעלה ועכ"פ זה שכתבנו איכא לכלל במאי דכתיבנא דפליגי גדולי האחרונים ז"ל בזה ויעויין להרב דב"מ ח"ב סי' מ"ח ודוק • ועוד הזי תשו' הרשב"ץ שכתבנו ראיתי דפליגי רבוותא בכוונת הרשב"ץ יעויין להרב ש"יע סימן כ"ד דפ"ב ע"א יע"ש ויעויין להרב ברכות המים דפ"ה יע"ש

גם הביא תשו' של מהרח"ש ח"ג סי' ק"ג דפסיק ותני לחייב אף דאייתי בידיה פיטור מכח הורמנא דמלכא מטעם דנכנס בהסכמת הקהל כבר תרגמה הרב פאת נגב ח"מ סי' ל"ב ד"ל ע"ד דמהרח"ש מיירי היכא דההסכמה היא בזה ונהייתה על ענין פדיון שבויה ושאר מילי דצדקות דהדינו עם הכולל דאע"ג דפטירי מפאת הורמנא דמלכא היינו לגבי משא מ"ו ברם במילי דצדקות ושאר מוצאות דלא שייכי למלך חייבים וחלק על הרב מבר"ב נאטינייו

ואף שיהיה המעיין נתקלוע הלז לבבו יבין דמלתא כדנא הוא מעלה ארוכה וכגונדא כל לגבי דידי לא שמי בידי לבא בארוכה מפני דוחקא דליבורא ותני"ר נר"ו הוא הרא"ש ינוכף ידו לבא בהרחבה במקום שאמרו להאריך והן ידיע ליהוי לתני"ר נר"ו דשמעתי באומרים לי מפי מגידי אמת והם אמרו דבעידנא דקרבו משפטן בני מתא נו' עם ראובן לפני מני"ר דבאו לחייבו בטענת' מכח ההסכמ' ותקנתם נו' וישמע ראובן אופן ההסכמה מפיהם של בני מתא דבאו לבטל זכות נחלת אבותיו ואבות אבותיו אשר היה לו מימי קדם אף הוא פתח את פיו וכמה אמר הסכמה הלזו לא שמיע לי דמי ערב

אך לנו להפיל ארצה דברי המלכים האדירים דור אחר דור הורמנא למלכא כזו דתקיפא ע"כ שמעתי ואם כנים הדברי' דנכרים דברי אמת א"כ אודה לך טעמו של דבר דהיא עיקר דינו ומשפטו של הריב"ש דידע ומחיל דע"פ הטעם הלז הייבו הריב"ש

ומהורענא למנ"ר נר"ו דבעת ובעונה דשאל רו"ש נר"ו מאתם להכא האי דינא דבא בשאלה להגיד לרו"ס נר"ו את דבר המשפט שאגלה דעתי בזה באותו פרק באותו זמן היתה עלי משא כבד מלורכי לבור ולא נתנוני השב רוחי בני מתא קושטא עירנו יע"א רבתי עם דהנה הנס בילבי'יעלי להגיד להם לכל אחד ואחד אתה וכאי אתה חייב אשר מטעם זה הולרכתי ללוות לזה ולחלו'פניו מאחד המיוחד רב יוסף עינינו ה"ה הח"הם הד"הת כמה"ר יוסף אלפאנדארי נר"ו דרב חיליה במלחמתה של תור' לחפש בהני ספרי דבי רב דשקלו וטרו במילי' כדנא והנה לא השיב ידו אחור כדי לעשות רלוני והפלי והו'היה שוקד בעלמ'וטרח ויגע ובא בשורותיי' אלו והנה הוא בא קונטריסו בתוך דברי הנה נא ערכתי לפני רו"ס כת"ר נר"ו מה שעלתה מלודתי כפי קולר שכלי והתמתי במי הלעיר

אליעזר די טולידו
סימן מא

עובדא הוה בראובן דהשכיר חנותו לשמעון בשכירו' ס"מ בלתי זמן קלוב ויהי כי ארכו הימים הילה ראובןהמשכיר את שמעוןדישתתף עם לוי בנו של ראובן עמו ולא סירב שמעון השוכר ונעתר לבקשתו ושיתף עמו בהנות הנו' במשא ומתן דהיה מתעסק שמעון ונשאו ונתנו שניהם גם יחד שמעון ולוי ובהלמדם יחד לעשות חשבון לראות אם הרויחו או יש הפסד בקרנם ראה לוי דנפחת קרנו דאין הקומץ משביע להרויחת שניהם ואמר לוי לש' דהוא רולה להפריד השותפות יען דלא אפשר שניהם גם יחד למידר בהנות בשותפות ואין זמן בשותפו'וע"י זה נתגלגלהדבר דרולה ראובן המשכיר אביו של לוי להוליאו לש'מן החנו'באומרו דכבר קדמתי והשכרתי החנות ללוי בני בקניינו הראוי לו דגם בני היה היה דר בחנות בתורת שכירות מכח השותפות דהלא דמי שכירות החנו' מאמלע השות' ואין סברא דהיה בני מבחוץ ואתה היה דר מבפנים נושא ונותן בהנות ושמעון טוען וכתו' יעשו ויקריבו את משפטן לפנינו ב"ל לראות היכן הדין נוטה

תשובה הנה לפום ריהטא בלתי השקפה בהני ספרי דבי רב עלה ע"ד דאין טענת לוי עולה לפום דינא להוליאו לש'מן החנות בלתי זמן ההודעה והוא דמאחר דבעידנא דהשכיר את החנות ראובןלש'לבדו והוא היה דר לבדו דעדיין לא היו שותפין שמעוןולוי אלא ש' לבדו וזכה בשכרו' בהנות הנו' נמלא דכבר נתחייב ר' המשכיר לתת לשמעון השוכר זמן הודע' כאשר תי' חז"ל בברייתו של ר' מאת ש' דיפנה ויסתלק מן החנות באופן דבשעה דנכנס ש' לחנות כבר חלה על המשכיר חיוב של זמן ההודעה בה שעתא דירד לדור והוא לבדו קדמה ליה באות'וכיה וא"כ בעבור דאח"ך עלה על דעתו להשתתף עמו אחר בחנותו לישא וליתן נתרוקן זכותו וזכה השות' הב' הבא אה"ך בעבור דנשתתף עם השוכר המוקדם וכותו של השוכר הא' להיכן הלך ומה יתן ומה יוסיף דקדם לוי ונטלה בשכירו' בקניינו הראוי לו ואפי' בשנים ששכרו בית או חנות כא'והיו דרי' בה שניהם גם יחד וקדם אחד מהן ונטלה בשכירות מבעליו לא אלים כחו של זה שנטלה בשכירות להוליאו מן החנות לשוכר חבירו בלתי זמן הודעה דאין לאחד מהם עדיפות' יתירת' יותר מחבי' דהא וכיה הלזו של זמן הודע' דתיקנו לשניהם כא' חלה וזהו דוקא היכא דשניהם שכרו החנות כאחד האמנם היכא דלא שכרה אלא אחד מהם וכגוונא דנ"ד דמעיקרא בעידנא דשכרה לו לבדו שכרה ונשתעבד החנות לדירת השוכר הראשון אלא דאח"כ הסכימ' דעתו להשתתף עם אחר במשאו ומתנו ולא קבעו זמן בשותפות ושוב נשתוו אהדדי ונפרדו איש מעל אחיו זכית זמן ההודעה דתיקנו חז"ל אינו אלא של השוכר ואין לומר דאתו הגם דבעודם שותפי' היו פורעים דמי השכירות מן האמלע לא בשביל זה נגרע זכותו של השוכר הקדום ויש לאל ידו להוליאו להשותף הבא אחרי השכירות בלתי זמן ההודעה ובשלמ' דהיכא דירד השניה בתו'שכי'ולא בתו'שות' דרלה השוכר הראשון להשכיר חלק וכותו לשני דינא הוא והכי דייני דבשע' דרולה השוכר להוליאו לשוכר השני מחייבינן ליה דיתן לו זמן הודע' י"ב חו'כתחז"ל מאחר דבתורת שכירות ירד בה אבל היכא דלא ירד אלא בתורת שותפות א"כ בשעה שנשתוו ב' להפרי' חבילת השות'אינו מחוייב השוכר לתת לו זמן ההודעה דהא כבר ידוע דשותפו' בשתא כל שעתא ושעתא ומניה הוא להפריד חבילו'השות' ואין א'מהם מעכב בדבר לפום דינא ואין השותף השני תלי לטעון תן לי זמן ההודע' מאחר דלא הודעתני מקודם דהא מאחר דלא ירד בתורת שכירות אלא בתורת שותפות לא תיקנו חז"ל במילתא כדנא זמן הודעה דיתן לו השותף דאם אתה אומר דלריך השוכר הא' ליתן לו להשותף זמן ההודעה

נמצא דהשוכר הא' מבחוץ והשותף השני מבפנים והוא לבדו דר בחנות נושא ונותן בעסקיו והריוח הכל כאשר לכל לו לבדו וזה ליתא דהא לא ירד בה לדור הוא לבדו ולהרויח לעלמו דאנן סהדי אומדנא דמוכח הוא דלא קדבו אללו לענין דירה אלא לענין שיתוף דוקא וזו הנר' לפום ריהטא מכח הסברא

ואחר החיפוש ראיתי בתשו' הרב בני אברהם ח"מ סי' ס"ב דנשאל הרב ז"ל מענין נדון דידן על ר' דהיה לו חנות ונשתתף עם שמעון כו' ונמשך השותפות בניהם בסתם ואח"ך נפרדו איש מעל אחיו אי מחייבי' לר' דיתן לו לש' שותפו זמן ההודעה או לא והשיב הרב ז"ל בתוך התשובה וז"ל אמנם כד דייקת שפיר נר' דע"כ לא תיקנו זמן ההודעה אלא דוקא היכא דהמשכיר אינו דר בחנות אלא השוכר לבדו כו' אבל בנ"ד דהם שותפים וכשנפרדי'

וכשנפרדים מהשותפות שניהם אינם יכולין לישב בחנות אם נאמר דבכה"ג תיקנו לתת זמן א"כ צריך ראובן לצאת מחנותו כו' נמצא דראובן מבחוץ והשוכר מבפנים בכה"ג נראה דודאי לא תיקנו חז"ל וה"ל כאלו בשעה שהשכיר לו חנותו להשות' הוא ע"מ כן כו' עכ"ד

הרי דאסברא לן הרב ז"ל דאין סברא דתיקנו חז"ל זמן הודעה אלא דוקא היכא דירד בה בתורת שכירות האמנם היכא דלא ירד בה אלא בתורת שות' הגם דהשו' היה היה בסתם עכ"ז בהפרד' איש מאת רעהו מהשות' דינא הוא דאזיל השות' בלתי זמן הודעה דלא הל מעיקרא זכיה הלזו בשעת השיתו' וה"ל כאלו התנו מעיקר' בשע' השות' דבהתבטל השותפו' נתבטל ממנו זכות הדירה וא"כ מינה ילפי' לדון בנ"ד דמאחר דשמעון הוא לבדו שכרה לדור בה בתורת שכירות , אלא דאחר זמן שיתף עמו במשאו ומתנו בעסקיו עם לוי באופן דלוי לא ירד לדור בחנות בתורת שכירות אלא בתורת שותפות ירד בה א"כ בהפרדם יהא איש מאת רעהו דנתבטל השות' נתבטל ממנו זכות הדירה דה"ל כאלו התנה מעי' בתחי' השות' כן דבזמן הפירו' יפנה ויסתלק לוי משותפו מדירת החנו' בלתי זמן הודעה ומזה הטעם עצמו דאין סברא דיהא לוי מבפנים וישא ויתן בחנו' ושמעון השוכר המוקדם הראשון יהיה מבחו' וכמו דאסברא לן הרב בני אברהם ז"ל

ואין לצדד ולומר דע"כ לא אמרה הרב בני אברהם ז"ל האי דינא אלא דוקא לגבי בעליו של החנות עצמו דאז שייך הטעם דהבעל הבית מבחו' והזר מבפנים לא כן היכא דשניהם יחד אינם מבעלי החנות אלא הנה הנם זרים לגבי בעל החנות וכיון דשניהם שוכרים והיו פורעים דמי השכירו' מן האמצע א"כ נימא דלא שייך הטעם הנז' אלא זמן ההודעה יחלוקו ביניהם פלגא ופלגא זה ידור שנה הו' וזה ג"כ ידור שנה הו' ויהיה חלוקת הזמני' עפ"י הגורל מי יקדים דהא לא מרעה כלל דהאי דינא למפלגיה בזמנים אינו אלא היכא דמעיקרא שניהם שכרו ביחד החנות בבת אחת דאין כאן עדיפות יותר לאחד מחבירו ברם היכא דאחד מהם קדים וזכותיה בגוויה קודם חבירו וכגוונא דנ"ד דכבר חלה זכייתו בחנות לזמן ההודעה דהוא שכרה מקודם דירדו לעשות שותפות א"כ שפיר שייך הטעם דהשני הבא אחריו מבפנים והוא ישא ויתן בעסקיו בחנות באופן שזה הלשים והשוכר המוקדם הראשון מבחו' דהוא ירד לדור בה וחלה זכייתו בה שעתה בעידן קניית השכירות של כל זמן ההודעה דהיינו י"ב חו' וא"כ חוזרנו למאי דכתבנו לעיל דה"ל כאילו התנו מעקר' בתחילת השות' וכסברת הרב בני אברהם ז"ל ,

אמנם לפום ריהטא נר' דאין סברתו של הרב ב"א מוסכמת דהא הר' מוהרי' עייאש ז"ל בס' בית יהודה דקי"א ע"ד סימן ה' והביא לדברי הרב מט"ש סימן קע"ו הגהט"ו אות ק"ו כתב וז"ל שותפים דהיו פורעים שכירות החנות מן האמצע לא מבעיא אם שכרו ביחד דאז בעת פרידתם יכול כ"א לומר על דירת חבירו בחנות גוד או"א אלא אפילו התחיל האחד ודר בה ובא חבירו אח"ך ונשתתף עמו דנין בהם גוד או"א ומורי שיחיה דן כן אפי' לגבי בעל הקרקע עצמו יכול השות' האחר להוציאו לתשלום השנה בטענת גוד א"א עכ"ל ולפי הנראה לכאורה דהאי סברא דכתיבנא אינה מוסכמ' ובמחלוק' שנויה דלדעת הרב בני אברהם ז"ל בשותפין לא תיקנו זמן מכח טעמא דיהיב הרב ז"ל ושכנגדו מצינו חולקין על זה וס"ל דאף בשותפין תיקנו חז"ל זמן ההודע' ועלה ע"ד לצדד ולו' דהר' מהר"י עייאש ורבו ז"ל לא איירי אלא בנשתתפו לזמן ובהתשלם הזמן הסכימו שניהם יחד להפריד השות' נמצא דמדינא זכה השות' השני בדירת החנות לזמן שקבלו ביניה' מעיקרא בשעת השיתו' וכשבאו להפריד השותפות לפום דינא היה צריך קנין של השות' הב' דיסלק זכותו דהוה ליה בחנות דע"כ לא אמרינן דה"ל כאילו התנו מעיקרא בשעת השיתו' אלא דוקא כלפי תקנת חז"ל דתיקנו זמן ההודעה ומסלקינן להשות' השני דמוקמינן ליה אדינא דאורייתא דלית ליה זמן דכל שכירות סתם לפום דינא דאורייתא מוציאו לשוכר בלתי זמן אשר מטעם זה סמכינן להאי סבר' למימר דהוה ליה כאילו התנה מעיקרא ע"מ כן דהיינו על משך זמן השות' ובהתבטל השיתו' לית ליה שום זכו' בדירת החנות כלל ברם היכא דמעיקרא בשעת השיתו' קבלו זמן ביניהם לזמן הידוע ביניהם באופן דבה שעתא חלה זכיה לפום דינא להשות' השני בדירת החנות עד הזמן דקבלו אלא דאח"ך עלתה הסכמתם להפריד השיתו' האמנם לגבי זכיה דירת החנות בלתי קנין לא מסתלק זכותו של השות' וכמו דאסברא לן הריב"ש ז"ל בסי' תק"י הידועה מה תאמ' נימא דמאחר דבתורת שותפות ירד הו"ל כאילו מעיקרא התנו דע"מ כן ירד האי סברא לא מצינו לבטל וזכייתו דזכה מדינא וזהו מה שעלה ע"ד לצדד ולו' כדי שלא לאפושי פלוגתא בין הר' מהר"י עייאש ורבו ז"ל עם הרב בני אברהם וגם דהסברא מחייבת למידק כן דבשות' לא תיקנו זמן ההודעה דלא יהא בעל החנות או השות' הראשון הגם דבא מכח תקנה דעדי' כחו מן השות' הבא אחריו דאיהו ניהו השות' הראשון שמביאו להשות' השני דאילו שקול ישקל בפלס מאזני צדק אין זכותו שוה דבתר מעיקרא אזלינן דמי שקדמה לו זכות הדירה בחנות הגם דבא מכח התקנה הוא השולט ודוגמא לזו כתב הרב גט פשוט סימן קי"ט ס"ק ט"ן לענין גרושה דהיא נדחית מפניו כתב וז"ל אבל אם מעיקרא היה המחצית שלה ואח"ך בא הבעל כו' מסתברא דהכל אחר מעיקר' כו' יע"ש הרי דמי שקדמה ליה זכיה בדירה עדי' כחו ואע"ג דאין ראיה לדבר זכר לדבר ועל פי זה שכתבנו נמצא דאין כאן שום פלוגתא בין רבני האחרוני' הנז"ל אבל אם כנים הדברים דבמחלוקת הוא שנוי האי דינא מאחר דאיכא ס' חרם לכל הצדדי' דאם מוציאין לשוכר מהחנות אפשר דעובר שכנגדו על החרם שם וא"ת עדי' וכמו שכתב הרב בני אברהם ז"ל ומינה איכא למידן כן בנ"ד דלסברת הרב בני אברה' ז"ל אלים כחו של שמעון דהוא השוכר הראשון להוציאו ללוי בלתי נתינת שום זמן ההודעה ולסברת מהר"י עייאש ורבו ז"ל דסברי דתיקנו זמן ההודעה אף בשותפין

בשותפין א"כ אין כח ביד שמעון להוציאו ללוי הגם דלוי בתורת שותפות ירד לדור בחנות ושב וא"ת עדי' ואין מוציאין אותו ואע"ג דהר' לח"ר סימן קנ"ב פשיט ליה דהיכא דבכל לד איכא ס' חרם כו' ואי זה לא נכנס בלשון ההסכמה נמצא דהחזקה היא של לוקח וכשנכנס בה השוכר נכנס בס' חרם ואין לזכותו מטעם זה כו' יע"ש וכפי סברה הלזו של הר' לח"ר היה נראה בהאי ספיקא דילן אי לגבי שותף תיקנו חז"ל או לא דנמצא דהס' הוא אי נכנס בכלל ההסכמה שותפות או לא דמוציאין את השות' השני ולא אמרינן שב וא"ת עדי' וכן הורה הרב פאת נגב ז"ל ח"מ סימן כ"ג דנשאל הרב על ב' שוכרי' בחנו' אחד דהיתה חצי החנו' מושכרת לאחד וחצי' האחר לב' ומכר החנות לשוכר אחד בלתי ידיעת השוכר השני ונתנה במתנה הלוקח לנכדו ועתה בא השוכר לתבוע החצי דהיתה שכורה לו והשיב הרב מאחר דאיכא פלוגתא דרבוותא ז"ל אי קדם הלוקח ונתנ' במתנה לאחר אי מוציאין מוקמינן ליה בידי' דמקבל מתנה ומוציאו לשוכר מהחנות כו' ואע"ג דאיכ' חרם בהסכמות כו' כיון דבין הכי ובין הכי איכא ס' חרם שב וא"ת עדי' ומוקמינן ליה בידיה דמקבל מתנה יע"ש דהביא תשו' הרב לח"ר ז"ל ע"כ וגם דיש לדר' מאי דאסברא לן מהר"א ששון בתשו' סי' קט"ו הביא דבריו הרב המבי"ט ז"ל סימן ק"מ הגה"ט אות י"ז דהא דס' חרם להחמי' היינו כשהספק הוא בהבנ' תקנת הקהלות אבל כשלא הוכר הדבר בתקנה לא מקרי ס' חרם להחמיר כו' וחילוק זה נ"ל מבור' ונכון ונכם היפה תאכלנו יע"ש ומינה בנ"ד דהס' הוא בעיקר התקנה אי תיקנו חז"ל בשכירות אבל בשותפו' לא תיקנו דהא לא ירד בה לדור בתורת שכירו' ואין סברה דהשות' הבא אחריו מצפנים או אף בשותפו' תיקנו חז"ל דיתן לו זמן ההודעה נמצא דהספק הוא בעיקר התקנה והוי כהביא דמהר"א ששון ז"ל (א"ה ובמקום אחר כתב רבינו המחבר דאין סברתו של מהר"א ששון הלזו מוסכמת ורבים חולקים עליו ואכתבנו לקמן בסימן שא"ז יע"ש) והיה אפש' לכדד ולומר דע"כ לא אמרוה הרבנים ז"ל דמוקמינן ליה בידיה דלוקח או מקבל מתנה. הגם דאיכ' ס' חרם אלא דוקא התם בנדונם מטעמא דמסייע ליה דינא דסמי בידייהו מדינא דאורייתא להוצי' החנות מתחת יד השוכר הדר בה או המצרן דהלוק' או המקב' מתנה הם באים מכח הדין דמן התורה כבר זכו והשוכר או המצרן הם באים מכח תקנתא דרבנן ברם בנדונא דנ"ד דשניהם יחד הם באים מכח תקנ' דרבנן דבין השוכר המוקדם ובין השות' השני הבא אחר השכירות קמא אין תביעתם אלא מכח התקנה עצמה ואיכא ס' חרם לכל הצדדים מאן לימא לן דהאי' כיחו של קמא להוציאו להשות' בתרא ולעשות מעשה במילת' דלא ברירא לבי דינא אדרבה הסברה מחייבת שב וא"ת עדי' ולא שייכי הכרחם של שלשת הרועים ז"ל הר' לח"ר ומהר"א ששון והרב פאת נגב דאינהו לא קיימי כגוונ' דנ"ד וכדכתיבנא

ומה גם דאיכא גבן תשו' מהרשד"ם דשי' רע"ז דפשיט ליה דהיכא דאיכא ס' חרם לכל הצדדים מוקמינן בידיה דשוכר הגם דשכנגדו בא מכח דינא דאורייתא וזה מכח תקנתא מ"מ לא עבדינן עובדא בידים אלא אזלינן בתר כללא דשב וא"ת עדי' וכמ"ש מהרשד"ם שם בהדיא יע"ש וכבר כתב הרב כרם שלמה ח"מ סימן מ' דאין הלכה כתלמיד במקום הרב דאין ס' דאילו היה רואה הרב לח"ר ז"ל דברי רבו הרב הגדול מהרשד"ם הוה הדר ביה יע"ש דק"ס ע"ב

ומה גם דהרב בני אברהם ז"ל דן כן דהיכ' דהיורשים באים להשכירה לאחרים דהגם דאלים כחייהו מדינא דאורייתא להוציאו לשוכר הדר בחנו' עכ"ז מאחר דמספק"ל בה' חרם אמרי' שב וא"ת עדי' ולא מפקי' לשוכר כדי שלא ליכנס בס' החרם הרב מהרשד"ם יע"ש והנה דה' פאת נגב ז"ל הסכימ' דעתו דעת עליון להוציאו לשוכר כיון דאיכא ספק חרם לגביה וסמיך על תשו' הרב לח"ר הסך דעת רבו הרב ב"א ז"ל אף אנן נמי אמרינן אין הל' כתלמיד כו' ואילו היה רואה הרב פ"ן לדברי רבו הוה הדר ביה וכ"ש דלפי הנראה לא שליט עינא דספיר חזי בתשו' הרב כרם שלמה ז"ל מדלא הביאו

ומהודענא דזה למעלה מארבעים שנה בא מעשה ליד מורי הרב נר"ו כיוצא לנ"ד והלכנו לפני הרב כמהר"ר מיכאל אשכנזי ונשאנו ונתננו עמו במילתא כדנא ובהני תשו' הרב ב"א והרב פאת נגב ז"ל לענין הלכה למעשה וכה השיב הרב המובהק מהר"ם אשכנזי נר"ו דלענין מעשה לא המניע לי כלו' כו' תשו' הר' פאת נגב וכן עשינו מעש' באותו נדון וכבר כתוב אצלי במ"א באותו פ' באותו זמן (א"ה יעויין לקמן סימן מ"ד יע"ש) ועל פי זה מעשה בנ"ד לא מצי השוכר קמא להוציאו להשות' השני מן החנות בלתי זמן הודעה וקודם גמר דין נעשה פשר דבר באופן נאות והגון והנלע"ד כתבתי פי המדבר הצעיר

אליעזר די טולידו

סימן מב

כתב הרב מהר"א ששון ז"ל בתשו' סימן קט"ו והביא דבריו הרב כנה"ג סימן ק"מ הגה"ט אות י"ז דהא דאמרינן ס' חרם להחמיר ה"ד בהבנת דבריהם אבל היכא דפליגי רבוותא מערכה מול מערכה אי הוי דינא הכי שאינו בהבנת תקנות הקהלות כגון דא לא אזלינן בספיקו להחמיר יע"ש ומדברי הרב פאת נגב ח"מ סימן כ"ג מוכח דפשי' ליה דכל ס' שנופל בהסכמות הקהלות בין שהס' הוא בהבנת התקנה ובין שהס' הוא מצד עצמו שהוא פלוגתא דרבוותא בדיני ממונות לפום דינא דגמ' זולת התקנות עם כל זה ס' חרם להחמיר יע"ש וע' למהרשד"ם סימן רע"ז דכתב בהדיא דלא שנא וכן ג"כ מתברר מאותה תשו' של הרב פ"מ ח"ב סי' פ"ג וכבר הרב ת"ה סימן קע"ד חלק על הרב מהר"א ששון ז"ל בשתי ידים יע"ש וכן מוכח מתשו' הרב כ"ש ח"מ סימנ' יע"ש . ואם יאמר האומר דלא אמרה מהר"א ששון אלא דוקא היכא שהמחלוקת אינו בדיני ממונות אלא כי התם אבל כל ס' שהוא כי הא דקיימי גדולי אחרונים שכתבנו מולם ובא לא משמע הכי מדבריו איך שיהי' לענין דינא ליכ' ספי' דאולי' להחמיר

אמנם

אמנם מ״ש הרב פ״א נגב שם וזיכהו למקבל מתנה משום דשות׳ הנה מדברי הרב מהרשד״ם בסי׳ הנז׳ מוכח להפך דהא בהדיא כתב שם וז״ל ואם נוציא לשוכר מן הבית הוי קום עשה ועבדינן איסור בידים לא כן עכשיו שנוקים לשוכר שם כמעיקרא הוי שב וא״ת שלא כדעת הרב תלמידו הרב לה״ר סימן קל״ב דס״ל שם דהיכא דמוקמינן ליה ללוקח הקנייה ונוציא לשוכר מן הבית הוי שב וא״ת זיעויין להרב כנה״ג שם אות ד׳ שדבריו מגומגמים וכן כתב הרב כ״ש שם דאין ס׳ שכדברי הרשד״ם הוי דינא ודלא כשב׳ הרב לה״ר יע״ש גם מהשו׳ הרב כ״מ שם סו״סי פ״ג מוכח כסברת הרב מהרשד״ם ועיין למהר״א ששון שם בסי׳ קצ״ו ודוק

(א״ה ועיין לרבינו המחבר ז״ל לעיל סימן מ״א ולקמן סי׳ מ״ד)

סימן מג

שאלה ראובן שהשכיר לשמעון בית א׳ לזמן ידוע שנים ובטרם כלות הזמן בא שמעון אצל ראובן והגיד מאנו שירחיב לו הזמן עוד שנה אחת שיושלם אחר כלות הזמן הרמשה שנים דעדיין היה לו לשמעון עוד זכות לדור בבית זה זמן וראובן סר למשמעתו והודה לו שידור בו עוד שנה תמימה אחר כלות הקצבה של הרמשה שנים ואחר עבור כמו שבת ימים מ״ומ בא שמעון אצל ראובן ואמר לו שאינו חפץ ומרוצה כלל לדור עוד בבית כ״א הקצבה הנז׳ ולא ניחא ליה בשכירות החדש אלא ישכור ראובן הבית למי שירצה בעיניו ובא ראובן והשכיר ביתו ללוי לזמן חמשה שנים ע״פ מאמרו של שמעון שביטא בשפתיו שאינו מרוצה עוד בשכירות החדש כ״א הזמן הקצוב דוקא ונגמר עסק שכירות של לוי בקנין כסף כתהו״ל ואח״ך עבור כמו ב׳ או ג׳ ימים חזר ביה שמעון ובא אצל ראובן באומרו דלאו אדעתיה היה נעת ובעונה שחזר בו משכירות החדש אלא מרוצה הוא בשכירות החדש ואינו יוצא מן הבית עד כלות זמן שנה תמימה וכתורה יעשה ולוי השוכר השני טוען דע״י עסק השכירות הלזו דנגמר ע״י מכר ביתו שהיה דר בו ליהודה ואידךפי׳ לדור עוד שמעון בבית עד תום הזמן של השנה א׳ ועתה יחדיו למשפט נקרבו לפנינו ב״ד להורות להם את הדין

תשובה כבר ידוע מאי דשקלו וטרו בהאי דינא גדולי האחרונים דמרן ב״י ז״ל סי׳ קל״ב ס״סי ג׳ כתב דהקונה בית שדר בה לא קני בנעילה דלא מוכחא דנעל נשם קנין אלא כמו שרגיל בכל פעם וכעם לשמור ביתו ושוגר את ביתו ואנן בעי׳ קנין המוכיח לכל שעושה מעשה לקנות עכ״ד יע״ש וכ״כ מהרדב״ז בישנות הבית דבריו הרב כנה״ג שם הגה״י או״ד דכל שלא עשה דבר שאין השוכרים רגילין בעשותו ליכא הוכחה שעושה קנין יע״ש הנה מוכח מדברי הרבנים הנז״ל דהחפשה מכוין לקנייה שפותח ונועל לשם קנין לא אהני מעשיו דאין קנין המוכיח לכל בעינן

אמנם הר׳ מה״א הל׳ שכירות סי׳ י״ג אייתי לן דברי התוס׳ דפ״ב דבכורות ודפ״ק דמציעא זדברי הריטב״א דהביא הרב בא״ו פ׳ א״ן דק״ן ע״ב דאם אמר לא מסתלקנא והודה לו בעל השדה כו׳ הו״ל כאילו א״ל לך חוק וקני וקרקע נקני׳ בחזקה מאחר שהוא עומד בתוכה ומחזיק בה בכל שעה יע״ש וכ״כ הריטב״א שם בפ״ק גבי תהא במאמינו כו׳ וז״ל וקשיא לי נהי דמוכר גמר ומקנה לוקח במאי קני ליה וי״ל דכיון דעומד בתוכה ונועל וגודר ופורץ ומתקן בה הרי הוא קונה בחזקה יע״ש הביא דבריו הרב מה״א ה׳ קנין מעות סי׳ י״ג לענין פחות מנן ך׳ שמכר קרקע מירושת אביו כו׳ דכל שנשתמש וקונה בבית לאחר ך׳ שנה הרי זה קונה בחזק׳ כו׳ יע״ש הרי דלא בעי׳ קנין המוכיח אלא דכל זמן שמשתמש כאדם העושה בשלו כההיא דלוקח מגזלן דלא ידע מעיקרא דגזולה היא ביד המוכר עכ״ו קני ליה

והנה בדבר דאיכא דעת מקנה להקנו׳ לזולתו אי בעינן נמי דעת קונה שיכוין לקנות ואי לא כיון לא קנה הלא מראש הראב״ד ז״ל הביא דבריו הר׳ הנמק״י פ׳ חזקת גבי עובדא דרב ענן דף קע״ו ע״א כתב וז״ל ושמעינן מהכא דאי ידע המזכה אע״ג דלא ידע רב ענן שהוא הזוכה קנה כו׳ אע״ג דקי״ל דהעודר בנכסי הגר כו׳ תי׳ הראב״ד דשאני הכא דאיכא דעת מקנה עכ״ל והרב בא״ו נמי הביא דברי הראב״ד ז״ל וכ״כ הריטב״א בחי׳ ליבמות בסוג׳ דהעודר כו׳ גם הרמ״ה שם סי׳ קע״ו תי׳ הכי דדעת אחרת מקנה כו׳ וכן דעת רבינו יונה הביא דבריו הטור סי׳ קמ״ב זפסקו מרן שם בש״ע והרשב״א הגם דשם גבי עובדא דרב ענן תי׳ באנפ׳ אחריתי לא תידוק מינה דפליג בהא דהא כתב בחי׳ לגיטין לדכ״א הביא דבריו הרב מה״א די״ד ע״ד ודי״ו ע״ג דכל דאיכא דעת מקנה לא בעינן דעת קונה אשה מהאי דתפ׳ ס׳ הרב מג״א א״ח סי׳ רמ״ו דאוקים דהאמירה יהיה בפניו אבל אם אמר שלא בפניו לא מהני דאפי׳ בישר׳ לא מהני אלא אי״כ יוכה לו ע״י אחר יע״ש וכן הק׳ על הרב מ״א הרב דברי אמת בזכרונותיו כת״י אות ה׳ וז״ל כל דליכא דעת מקנה לא בעי׳ דעת קונה כך דקדק הרשב״א בחי׳ לגיטין ד״ך ואישתמיט ליה להר׳ מ״א א״ח סי׳ רמ״ו וכ״כ הרב הנמק״י פ׳ חזקת משם הראב״ד עכ״ל ועי׳ בס׳ דברי אמת ד״ע ע״א ומינה הוה אפשר לו׳ דטעמו של הסמ״ג דהתיר ע״י הפקר היינו מטעם דהגוי קונה אותה מדין חצר וס״ל להסמ״ג כדעת הרמב״ן בחי׳ לפסחים גבי הנות של גוי ומלאי של גוי המזהנמלא שם אחר הפסח אסור דמתברר מדברי הרמב״ן שם דגוי נמי קונה לו הצירו כדין ישראל יע״ש ואפי׳ דתלוי במחלוקתן של הראשונים אי חצר מדין יד אתרבאי או מדין שליחות אתרבאי וכמ״ש הרב מה״א ז״ל ה׳ קנין חצר סי׳ א׳ וכבר עמדתי בפרט הלז במ״א אי גוי קונה לו חצירו ולא דמיא לקטן או לא יע״ש במה שכתבתי (א״ה תמצאנו פרט זה לקמן בסי׳ ס״ג אלא דראיתי כהרמג״ז שם דשיים דטעמו של דבר דלא

דלא בעינן דעת קונה היכא דאיכא דעת מקנה היינו משום דקי"ל זכין לאדם שלא בפניו יע"ש אם כן אף אנן נימא להאי טעמא לגבי גוי דאין זכיה לגוי לא קנה ושפיר הוכרח הרב מ"א ז"ל להעמיד דברי הסמ"ג דדוקא בפני הגוי כדי שיכוין לקנות יע"ש

איך שיהיה מבואר מדברי הראשונים ז"ל דכל דאיכא דעת מקנה דמכוין לאקנויי לאחרי' סגי הגם דהקונה אינו יודע בעצמו שום שייכו' ודע' לקנות כלל והיא סברתם של בעלי התוס' והראב"ד והרשב"א והריטב"א ור' יונה והטור ומרן ז"ל וכמו שפסקו בסי' קמ"ב וא"כ טעמו של הריטב"א והתוס' בהביא דאמינו דכתבו דע"י נעל ופתח כו' דזוכה הגם דלא ידע בדעתי' שום קניה והוצאת דבר מרשו' לרשות מ"מ הא איכא דעת מקנה דמכוין לאקנויי אי מטעם דליקוס כו' באופן דאיכא דעת מקנה וה"ל כאומר לו בפני' לך חזק וקני ושפיר קא משיג ליה הרב מח"א להרדב"ז כנ"ל מדברי הראשונים ז"ל אלא דיש לדקדק על הרב מח"א דאמאי לא הביא דברי הרא"ש ז"ל דהביא בב"י מדברי הרא"ש דמשם יש ללמוד כס' הרדב"ז ז"ל וע'מ"ה שנסתפק הרב הכנה"ג בתשו' ח"מ ח"א סימן קל"ו דקס"ט ריש ע"א דמזו הר' מט"ס הב"ח סימן קנ"ב ז"ל ודוק וע' להרב שמחת יהודה סימן ע"א ולהרב הק"ל ח"מ ח"א סימן ק"ל וק"ה מאי דשקלו וטרו בשורש דין זה (א"ה עוד עיין לקמן בדברי רבינו המחבר ז"ל סימן מ"ח מ"ז דשקיל וטרי בשורש דין זה כיד ה' הטובה עליו יע"ש ויאירו עיניך) אמנם המעיין יראה דכ"ז שכתבנו דמהני הגם דאין כוונת הלוקח והשוכר לקנות דמהני אינו אלא דוקא באומר לו לך חזק וקני דאיכא דעת מקנה בפירוש או הנשלח א"ל כלום מ"מ אי מפקד אקניה כההיא דפ"ק דמציעא בלוקח מגזלן או כההי' דבכורו' דאנן סהדי כו' אמנם היכא דשוי הרחבת הזמן דשאל שאל מיניה השוכר מן המשכיר דירחיב לו ומוהשכי' לאחר כלות הזמן הראשון וכה ביטא בשפתיו המשכי' לאמר דור עוד שנה אחריתי והשו' לא עשה שום קנין מן הקניינים ולא נתכון לשום קנין לא בפועל ולא במחשבה וכגוונא דנ"ד דשאלנו לשוכר אם עשה שום קנין המועיל וכה השיב שלא עשה שום קנין ולא עבר ע"ד לעשות שום דבר לקנות וגם המשכיר לא ביטא בשפתיו לומר לך חזק וקני אלא א"ל דור שנה אחרת כל כי הא מילתא ליכא מאן דפליג ולא מהני וכן מוכח ממ"ש מהרימ"ט ח"מ סימן פ"ב שכתב וז"ל דמה שאמרה לו המו לדור בבתי' בלא כסף מילי בעלמא בלאי קנין כו' ומה שהיה דר בבי' ונעל ופתח ובונה וסותר לא מקרי חזקה דלא אדעת' דקנין עבד דבלא"ה היה דר בבית מתחלה יע"ש אע"ג דהרב מהרימ"ט כתב בח"א סימן ק"ן מסברא דנפשיה דכל דאיכא דעת מקנה לא בעינן דע' קונה וכמו שכתבו גדולי האחרונים ז"ל משמו ותמהו עליו דאמאי לא הביא דברי הראשונים הנאמרים בפירוש יע"ש אלא משמע כאשר כתבנו

באופן דלפי מ"ש תורה יוצאה היכא דליכ' הוכחה דמיהדר אקניה המוכר או המשכיר לכשנאמר דעת מקנה איכא לא מהני ועוד דהגם דא"ל משכיר לשוכר בלשון לך חזק וקני אפלא א"ל מעכשיו לא מהני מאחר דהתחלת שכירות החדש אינו אלא אחר כלות הרחשה שנים א"כ כבר כלתה חזקתו וכמו שכתבו התוס' ביבמות והרב הנמק"י ופסקו מור"ם סוף סימן קל"ח והרשב"א בחי' לקדושין דס"ג והמרדכי פ' ההומר הבית משם ראב"יה וז"ל אשה ששכירה בית מראובן לדור בה מפסח ועד ר"ה וקבלה בביתו קודם פורים שלא בתורת שכירות ולא א"ל קני בחזקה מעכ' כו' ועתה הוזר בו קודם פסח נראה דיכול לחזור בו דכל חזקה כו' והזקת קרקע ומשיכת המטלטלין חד דינא אית להו כו' ואע"ג דבפניו אין צרי' לומר לך חזק וקני מ"מ המהוי' צרי' לגלות דעתו שלשם חזקה היה מכוין מיד כו' יע"ש הרי בפי' כגוונא דנ"ד ואי הדר בו קודם בטיל ליה קניינו והרב הכנה"ג סי' קל"ב הגה"ט אות ב' ובתשו' ח"מ ח"א סימן קמ"ג כתב וז"ל וברור הוא שצרי' בעל הקרקע לומר לשוכר לך חז"ק מעכ' לכי עבור זמן השכירות הראשון דאם לא א"כ מעכשיו לא קנה בחזקה כו' דהא כלתה לו חזקה יע"ש

באופן דכל דלא ביטא בשפתיו המשכיר לו' לשון הקנאה או דבר המוכיח שהוא מכוין להקנות לו בשכירות החדש של שנה שני' לא מהני ואפילו לדעת הרמב"ם רמזו הרב ד"א קונטרי' ב' ד"ז ע"א דס"ל דבחזקה בלא מעכשיו קנה ולא אמרינן כלתה חזקתו יע"ש מ"מ בגוונא דנ"ד לא מהני מאחר דלא עלה ע"ד לא למשכיר ולא לשוכר בהאי שכירות החדש שום דבר הקנאה ועוד נלע"ד דבנ"ד איכא טעמא אחריתי המובא בשאלה דאמר השוכר למשכיר דאינו מרוצה בשכירות החדש אלא ילך וישכיר לאחרים למי שירצה

וע"כ מאמרו של' המשכיר והשכירה נמצא דשלוחו הוא המשכיר שהרשהו לשכור וכותו ובכה"ג מודה הריב"ש דבדבור לבד סגי וכמ"ש הרב הכנה"ג שבתשו' ח"ב סימן ק"י יעו"ש

הכלל העולה מכל מ"ש דכל דליכא לשון הקנאה כדינו לא מהני הרחבת הזמן והמורגל בפי ההמוניים המשכיר והשו' היכא דהם באים לחדש השכירות ולהרחיב הזמן אינם עולים לא במחשבה ולא בדבור לשון קניה חדשה באמור לו לך חז"ק והשוכר לא מכוין כלל לשם קניה חדשה אלא בסתם אומר לו דור כו' וא"כ לא מהני כלל וע' בתשו' הרב ידיו ס"מ הב"ח ח"מ סי' ל"ג דשייה ופשרנו ביניהם יע"ש כ"ל דהיה היה באופן המועיל ד והו של משכי' אלא דבשאלה בא השואל נקילור ודו' הנלע"ד כתבתי

הצעיר **אליעזר**

די טולידו

סימן

סי' מד

בהאי ליסנא דהסכמות דתיקנו הקדמוני' ז"ל דהשוכר קודם לכל מלרן וולתו ראיתי למורינו הרב בס' הנ"מ ידיו ש"מ ח"מ סי' ו שכתב על ראובן שהשכיר חוקתו לב' וקדם א' מן השוכרים ולקחה החוקה כולה חלקו שהיה שכור לו וחלק חבירו דלא מפקינן מיד הלוקח מטעם ההסכמה דהשוכר קודם דוה אינו דההסכמה אינה אלא לגבי איש זר אבל בנ"ד דהשוכר הוא הלוק' לא תיקנו דלא יפו כו' ואפי' אם נאמר דיפו ה"ל ס' חרם דאם לפי ההסכמה אינו זוכה השוכר כיון דהלוקח נמי הוי שוכר איכא לגבי דידיה נמי ס' חרם וסו"ת עדיף ומוקמינן ליה ביד הלוקח דהוא המוחז' יע"ש

הנה ממינן מדברי הרב ז"ל חרתי האחד דפשיט ליה דמאי דמוקמינן ליה ללוקח ומפקינן ליה לשוכר הדר בו לא השיב מעשה וכמו שפס' הרב הגדול לה"ר סימן קנ"ב הרב כנה"ג הגה"ט אות ך' בסימן ק"ס וכתבו' ה"ת ה"ב סימן כ"ב דמולי' לשוכר הדר בו ומוקמינן ליה בידיה דלוקח ווה חשיב מו"ת והכי פשיט ליה להרב פאת נגב ז"ל ח"מ סימן כ"ג יע"ש

אמנם הרב הרם שלמה ח"מ סימן מ' פסק דמוקמינן ליה בידיה דשוכר וכתב דאילו היה רואה הרב לה"ר דברי רבו הרב מהרשד"ם בח"מ סימן עו"ר דפשיט ליה דאין מוליאין לשוכר הוה הדר ביה יע"ש ועיין להרב פאת נגב ח"מ סימן ט"ל דל"ו ע"ד ודו' וראיתי להרב בני אברהם ח"מ סי' ס"ה דהביא דברי מהרשד"ם והר' לח"ר והרב כ"ש וסיים וכיון דהוי מחלוקת נראה להחמיר בשב וא"ת וכמו שפסק הרב כ"ש ואף כו' הוזרנו למ"ם דשב ואל תעשה עדיף יע"ש ויש לתמוה על הרב פאת נגב ז"ל איך השמיט מיניה דברי רבו הרב בני אברהם

איך שיהיה נקטינן מזה שדעת הרב לה"ר והרב כנה"ג והר' הפוסק הובאו דבריו בתשו' הרב כנה"ג ה"ב סימן כ"א דוה חשיב שו"ת כגם דמוליאין לשוכר מן הדירה ועל זה סמכו רבנן בתראי הרב פאת נגב בסימן כ"ג הנז"ל והרב מהר"ם פריסקו בסי' הנז"ל אלא שהרב כ"ש והרב ב"א ז"ל פסקו להפך דהגם דהלוקח הוא מוחז' בכל ספיקא מ"מ בהאי דינא דס' חרם מי יכניס ראשו להוציא לשוכר מן הבית שדר בו השוכר

ולפי"ז גם אנן בדיקן הכי פסקינן דהלכה כבתראי והגם דהרב פאת נגב והרב ידי"שמ הנה הנם רבני דורינו ופסקו להפך דמוקמינן ליה בידיה דלוקח מ"מ לאחר דלא שלטה ביה עינא בדברי הר' בני אברהם הדרינן לכללין אין הלכה כו' ווה ימים זמנים דנשאתי ונתתי בפרט הלז עם הרב המובהק מיכאל אשכנזי זלה"ה פה אל פה ואמר לי דמרגלא בכומיה למידינא דהשוכר הוא המוחזק ולא עבדינן עובדא להוליאו לשוכר מן הבית

ואין להקשות על הרב ידס"מ דמאחר דפשיט ליה דהלוקח הוא המוחזק בכל ספיקא דאיתיה בס' חרם ומוקמינן ליה בידיה דלוקח א"כ בסי' ע' לפסק בלף ט"ן ע"א וז"ל וא"כ אי אמרינן כו' הרי אמרו דכיון דיש חרם בהסכמות ס' חרם להחמיר יע"ש א"כ לשיטתי' הלוק' הוא המוחזק דאי הל' כמ"ד דלגבי המלך ליכ' תקנ' וחזקה הוא של הלוקח נמצא דנכנס ראובן בס' חרם דהא לא נכרעא דע"כ לא אמרה הרב אלא דוקא התם בסימן ו' דהס' הוא בזכייה אי זוכה השוכר או לא לא כן בההיא דסי' ע' דחזקת מ"ק היה של ראובן ומש"ה בהאי פלוגת' נטה דעתו הר' ז"ל דמוקמינן ליה בידיה דמ"ק ואין הלוקח מוחזק

גם אין לדקדק על הרב ז"ל ממש"כ בסימן כ"ח דזכה לשוכר וכתב וז"ל ואפי' אם היה ס' בלבר כו' והיה זוכה הלוקח שהוא המוחז' מ"מ חל עליו חומר ההסכמ' וס' חרם להחמיר ולרי' הלוק' ליתנ' למי שדר בה עכ"ל הרי דפשיטא ליה בהאי ספיקא דס' חרם דמפקינן מיד הלוקח ומוקמינ' ליה ביד השוכר דאינו ענין לזה דהתם לאו בחוק' עסקינן אלא במקח דבית ובהא לא היתה תקנת הז"ל והגם דנדון הר' לה"ר ז"ל דסי' קנ"ב כתוב בשאלה בית ועליה גם הרב כ"ש נ"ל היה בית ועכ"ז שקלו וטרו בתקנת ההסכמת ז"ל דבחזקת הבתים קא עסקי

עוד לימדנו הרב ז"ל דבשני שוכרים לא תיקנו בעלי ההסכמות כנז"ל ווה אינו במשמע דהרי חלקו של חבירו אינו שכור לו והרי הוא זר ממש והטוב והישר הוא דכל אחד יזכה בשלו במקום הדר בו ומאחר דבעלי ההסכמות המה ראו בחכמתם לתקן תקנות מילי דמיטב וישר בעיני אלהים ואדם א"כ הטו'ובים' הוא דיזכה כל אחד בשלו וכן ראיתי להרב פאת נגב שם ח"מ סי' כ"ג הנז"ל דנ"ד הוה דהחזקה היתה שכורה לב' הבי החנות לאחד והבי האחר לאחר ולא זיכהו הרב ללוקח אלא מטעם המחלוקת הנז' שם יע"ש הנלע"ד כתבתי

הצעיר **אליעזר די טולידו**

סימן מה

שאלה שטר שכתוב בו וז"ל השכיר ראובן לשמ' חנות פ' והקדים השוכר ש"מ לשכנות ואחר שנכות הסך הנז' יהיה פורע שמעון שכירות בכל חדש וחדש ש"מ ותנאי גמור כו' דכל עת וזמן שיהיה פורע והולך שכירות מידי חדש בחדשו ולא יאחר ב' חדשים במקום אחד אז לא יוכל המשכיר וב"ך לסלק לשמו' בשום זמן שבעולם כו' וגם לא יוכל המשכיר להוסי' על השכירות כו' אפי' עד ן' שנה כו' עכ"ל השטר ועתה מת שמעון השוכר ונכנס בנו של שוכר ליסא וליתן בחנות הנז' ואז"ל ופורע בכל חדש וחדש שכירות החנות בתשלום ואח"ז מה נתעורר המשכיר להוליא את בן השוכר בטענ' מאחר דאינו מפורש בשטר ושכירות ב"כ של שוכ' וא"כ כיון דמת נתבטל השכירות וכן שמעון הוא רך בשנים כבר י"ד כבר כ"ו ואין מלה בלשונו לדבר והאלמנ' של השוכר

השוכר טוענת שבעלה הוציא סך עצום ורב בחנו' כדי לתקנה וליפותה ובנה בה אוגא"ק מפני שש'בעלה הוא איאגי' מוכר רפואו' וסממנים והוצרך להוציא סך רב כדי לשתעסק בה לצורך איאגיי"ליק והמשכיר נעת ובעונה דמסר לשוכר החנות לא היתה לחנות אלא קרקעית ההנות והתקרה דוקא ולא עוד ועתה שהוא מחוקנת כל צרכה ודאי דערכה היא שוב כפלי כפלים ממה שפורע והולך הסך שהשכירה לו ואין שיווייה יותר מפני שהוקרו החנויות כלל אלא ע"י הבזבוז והפיזור שהוציא בעלה בחנות הנז' והדמים מודיעין ועתה עמדו למשפט יחד לפנינו ב"ד לראות להיכן הדין נוטה

תשובה לפום ריהטא יש לדקדק בלישנא דשטרא המוזג בשאלה דכתי' ביה דכל שפורע והולך השכירות מידי הנ"ח לא יוכל המשכיר וב"ך להוציא לשוכר בשום זמן שבעול' כלל וכלל דמשמעות לישנא דנא הוא אפי'ס' שנה ויותר כל היכא דמקיים תנאיה לא מצי המשכיר לבא בטענ' לא מן ההנות דכבר נשלם הזמן ומלישנא דכתיב בשטרא הבא אחריו וגם כו' אפי' עד ן' שנה בפשי' ולא בד"ג כו' מוכח מהאי לישנ' דשמי בידיה דמשלי' להוצי' לשו' אפדקא מקייםהשוכר תנאיה דנמצ' דאיכ' תרי לישני בשטר' דנא דסתרן אהדדי בשתי שורותיים והנרא' לכאורה לפרש דכבר כתבו הראשונים דכל היכא דאיכא למימר ולפרש דלא סתרי הגסדהפי' הוא באנפי דאיקי מפרשינן כ"ש וק"ו דלדידי הוי לי דהוא באנפא רויחא והוא דתרי מילי נינהו הא' הוא סילוק מהשכירות השני הוא הוספת השכירות ולגבי סילוק השכירות לא נתן קצבה ן' שנה אלא השכירות הוא מעתה וע"ע דבשום זמן דאיתיה בעולם אין מוזיזין אותו ממקומו כל היכא דמקיים השוכר תנאיה ולגבי הוספת השכי' נתן קצבה ן'שנה דאחר ן' שנה בא יבא המשכיר והשוכר בדוכתא אחת לשער ערך שכירות ההנות עפ"י ב' שמאים וכנהוג ואינו יכול המשכיר להוסי' כפי הפלו ורצונו יותר מערך השומא של השמאים דהא הוי נקטיה בכונשיה דלשבקיה לגלימיה וכוונתו להוציא ומאחר דאינו יכול להוציאו המשכיר בשום זמן שבעולם כלל כפי הנאו דמעיקרא ואדעתא דהכי השכירו תו לא שמיה בידיה דמשכיר לבא עליו בעקיפין זהו הנרא' לפרש האי לישנא דשטרא

ומעתה אם האמת אתנו לפרש האי פירוש' דאינו יכול לסלק לשוכר מעתה וע"ע וקצבת החמשי' שנה לא קאי אלא לערך שומת השכירות וכדבררנא א"כ באנו לתשו' הרא"ש דהביא הטור סי' רמ"ח סעי"ד והיא בקונטרים הזה התנופ' סי' ל"ח המובא בס' היים שאל ח"ב וז"ל הרא"ש ראובן נתן חדר בביתו לשמעון ולאשתו וכתוב בשטר שישמשו שמעון ואשתו וכו' מעתה ועד עולם ונסתפקת בשביל שכתו' בשטר מעתה וע"ע אם ירשו בניו זכותו אחרי מותו וכו' ונראה מדהזכיר אשת שמעון באה למעט בניהם אחריהם עכ"ל מוכח מדברי הרא"ש ז"ל דטעמו משום דאיכא בשטרא לישנא דממעט וגורע משמעות לישנא דמעתה וע"ע הא לאו הכי דרשינן לישנא דמעתה וע"ע כמשמעותו ובניו יורשים זכותו אחרי מותו ובכי הא אפי' רבנן אזלי ומודו דלו וליורשיו קא יהיב וא"כ גם בנ"ד נמי כיון דהשכירות הוא דבשום זמן שבעולם כלל לא מצי לסלקו להשוכר א"כ מינה דבן השוכר יורש זכות מורישו והכי נמי יש להוכיח מתשו' מהרש"ך ח"ב בנוספות סי' כ"ו דנשאל כעין נ"ד על גבאי ההקדש שהשכירו בית אחת לפי' על ק' שנה ונפטר השוכר בתוך הזמן וגבאי ההקדש היו תובעים הבית באומרם דלשוכר דוקא השכירו הבית ולא ליורשיו והשיב כיון דהשכירו עד ק' שנים מוכחא מילתא דלו וליורשיו השכירו דהרי אי אפ' שיחיה עד ק' שנה יע"ש מוכח דהגם דלא נכתב בפי' בשטר השכירות דהשכירות יהיה גם לב"ך מ"מ כל היכא דאיכא לקיומי דהשכירו' יהיה נמשך והולך גם ליורשיו אחריו של השוכר ולא יהיה פסיקא וביטול בשכירו' על משמעות הלשון מקיימינן לישנא דכתוב בשטרא בשום זמן שבעולם כלל לא יוכל לסלק המשכיר וב"ך כו' אלא להחנו' וכמו שבא בשאלה הכי הוי משמעותיה

ואיברא דהיה אפשר לחלק ולומר דנדון מהרש"ך שאני דנאמר הזמן של קצבת השכירות בפי' דהיינו ק' שנה לא כן היכא דלא אמר קצבת השכירות אף דביטא בשפתיו דהשכירו' יהיה עדעו' איכא למימר לכל ימי חיי השוכר קאמר ועליה קא מהדר ולכל ימי עולמו קאמר אלא דאח"ך נזדמן לידי קונטרים נוספות נז' וראיתי שם להרב מהרש"ך דהביא ראיה לנ"ד מתשו' הרא"ש שהבאתי ודן דכמו דהרא"ש בנה יסודו דמעתה וע"ע מוכחא דבא להוסיף על יורשיו מינה דה"ה היכא דלא כתיב מעתה וע"ע אלא ק' שנה כו' וכן קאמר לו וליורשיו וכתב ואין להלק ולומר כו' יע"ש הרי דעדיף יותר לשון כולל מעתה וע"ע דבא לכלל ג"כ יורשיו מהיכא דכתיב ביה ק' שנה

ודרך אגב ראיתי למהרי"ט אלגאזי בספר שמחת יו"ט בשני מקומות דס"ט ע"א ודקי"ח ע"א דהלק על לתודו של הרב בני אברהם ה"מ סי' ב' דמלהוצרך מהרש"ך ק' שנה מינה דלא ר"ל חילוקו של מהרימ"ט דבהיוב לא אמרי' לו ולא ליורשיו יע"ש דהא ליתא דלעולם מהרש"ך קאי בשי' מהרימ"ט ולא הוצרך מהרש"ך לטאי טעמא דק' שנה אלא כדי לצאת י"ח סברת מהר"ס דסי' תתר"ב האחרונות דס"ל דשוכר שמת בתוך זמן השכירות דפטורים לתת דמי השכירות וטעמא דס"ל למהר"ס דלו ולא ליורשיו קאמר לזה הוצרך מהרש"ך להאי טעמא דק' שנה כדי שירשו אחר מותו של שוכר בניו אחריו יע"ש • ודבריו שגבו מני דנראה דלא ראה תשו' מהרש"ך בדוכתיה להרואה תשו' מהרש"ך בדוכתא עיניו יחזו דהרגיש מהרש"ך ממה דקי"ל בעלמא כרבנן דלו ולא ליורשיו וע"ז בא לתרץ ולו' כיון דפי' על ק' שנה כו' מוכחא מילתא דאףלאחר מיתה קאמר יע"ש •

ואם

ואם כדברי הר' מחנה יו"ט דאזיל ומודה מהרש"ך דלא נאמר האי דינא דלו ולא ליורשיו בחיוב וכמ' הרב מהרימ"ט מאי קשיא ליה מסוג' דלו ולא ליורשיו והוצרך לפלוגי דשאני נדון דידיה דפרושי קא מפ' ק' שנה אעיקרא מה דמות יערוך סוג' דלו ולא ליורשיו לנ"ד שהוא זכיה וחיוב וכגון דזכה מורישו בשלש ממילא כשאר אותו זכות ליורשיו והתם שאני דלא הוי זכות וחיוב אלא תנאי אלא ודאי דלא מלא מהרש"ך לחלק להאי דינא דלו ולא ליורשיו לנ"ד אם לא מאחר דהשכירות היה עד ק' שנה ועפ"ז זה שכתבתי אזדא ליה נמי דהית מהר"י נבון ז"ל הוכחו דבריו בס' ברכות המים דרכ"ב ואמילא מוכח דהרב מהרש"ך חולק עם הרב מהרימ"ט וכמ"ש הרב בני אברהם

ואיברא למאי למהרש"ך ה"א סי' פ"ד רמוז הרב כנה"ג ז"ל ח"מ סימן ק"י הגה"ט אות מ"ג דנשאל על נדון מהרשד"ם ח"מ דסי' תע"ו על ראובן דהשכיר חזקת הנות לשמעון לזמן קצוב ומת השוכר בתוך הזמן כו' ועתה בא המשכיר בטענה דרוצה לבטל השכירות כו' והשיב דלא כל כמיניה דמשכיר להוציא ליתומים מאחר דכיון היה השכירות לזמן קצוב הא קי"ל שכירות לזמן ממכר ליומיה הוא יע"ש

הרי שהדיא לאורה דלא הוצרך בתשו' הלזו קצבת הק' שנה כדי שנאמר דלו ולא ליורשיו קאמר וזה מורה ובא דבתשו' הלזו מפשט פשיטא ליה כס' הרב מהרימ"ט דבחיוב וזכות לא אמרי' לו ולא ליורשיו ועלה ע"ד לומר כדי שלא תקשה דבריו אהדדי דאיכא לפלוגי ולמימר דאין הטענות שוות נדון דה"א לנדון דה"ב בנוספו' דהתם בנוספות טענ' גבאי ההקדש היתה דלא השכירו אלא להר' אברהם דוקא ולא ליורשיו אחריו אבר מטעם זה שאר שפיר מהרש"ך דקצבת ק' שנה מנגדת סברתם דבעו למי' דמעיקרא לא נתכוונו אלא לו ולא ליורשיו, בהה נדון בה"א דאין טענת המשכיר אלא לתנאי הוה בעידן השכירות מוכח מדלא בא בטענה דלו ולא ליורשיו מינה דמעיקרא בעידן השכירות נתכוונו לו וליורשיו אלא דתנאי היו דבריו לזה שפיר גורתו של הרב מהרש"ך מאחר דכן הוא לזמן קצוב לאו כל כמיניה דמשכיר לבטל השכירות דלהו אז כחו עתה ומהרשד"ם שם בתשו' הנז' לא ירד לחילוק זה ודוק

אף שיהיה לעיקר נ"ד דבא בטענה המשכיר דלא השכיר אלא לשוכר אין בטענתו ממש מאחר דלישנא דשטרא מכחישתו וכמ"ש מתשו' הרא"ש וכמ"ש מהרש"ך בנוספות דמשם באה"ה ותורה יוצא' דכיון דביטא בשפתיו מעתה וע"ע ירשו בנין אחריו והא תקשה לך מתשו' הרשב"א ה"ב סי' ש"פ הביא דבריו הרב ב"י סי' רי"ד מחודש ג' על ר' דלא בטענה מאחר דכתיבה בשטרא מעתה וע"ע להורו' בו דאפי' נפל ונבנה כדר בני לה לזה השי' הרשב"א דאין טענת ראובן טענה דלא אמרינן לטפויי מילתא קא אתי כו' אלא בדבר שהוא משוייר מעצמו ולא היה צריך לאומרו כלל כו' וכן בש"מ שאמר תנו מאתים לפ' בה' כראוי כו' דמידי דלא צריך הוא ואמאי איכפל לנימר כראוי לו אלא ודאי דלאוספי קא אתי אבל בעלמא אמרי' דתיבת לעולם לשופרא דשטרא הוא יע"ש וא"כ מינה בנ"ד נמי נימא הכי דפליג עליה דהרא"ש לאורה

אמנם כרואה ידאה דהרב המרחק דנדון הרשב"א שאני דנשתנה הדבר מכמות שהיה וכבר נתבטל אותו דבר דומיא דנדון הרשב"א ז"ל דהבור חלף הלך לו מן העולם ומלת תיבת לעולם אנו באים להוסיף ולומר דהגם דנתבטל אותו דבר כו' מטעם לישנא יתירה כו' בכי הא לא אמרי' אבל בנדון הרא"ש דאותו דבר הנתון על עומדו עומד ולא נשתנה מכמות שהיה אלא דמלת לישנא דלעולם אנו באים לומר דנתכוון אף לבאים אחריו מעיקר' בשעת הנתינה דמשמעה הוא ובני ביתו קאמר וכל שכן דבהיותו היו דרים ביחד עמו או שפיר כתב הרא"ש ז"ל דכה"ג לאוסופי קא אתי ומינה לנ"ד דהתנו' הבור' לא נשתנה מכמות שהיה מעיקרא ועל עומדה היא קיימת א"כ שפיר אמרינן דלאוסופי קא אתי לבאים אחריו של המוכר ועי' להרשב"א הביא דבריו מרן ב"י סי' ע"ב מתו' מ"ג ובסי' שע"ו ודוק באופן דקשי' מכל האמור דהאי לישנא דמעתה וע"ע מוספי' גם לבאים אחריו ולא אמרינן בכה"ג לו ולא ליורשיו וכמו שמתברר כן מתשו' הרא"ש ז"ל ומתשו' מהרש"ך

ראיתי להר' פמ"א בח"א סי' דכ"ו ע"ב שכ' וז"ל והנה ראיתי לאחד מהרבני' השלמים נר"ו שהקשה ע"ד מהרש"ך כו' ממ"ש הרמב"ם פ"ו ממעשר כהן המוכר שדה לישר' וא"ל ע"מ שמעש' א' שלי לעולם כו' ואם מת הרי בניו כשאר כהנים ואם אמר לי ולבני מת הוא יטלם בנו ע"כ. הרי שאפי' שאמר תיבת לעולם אפ"ה אינם זוכים בניו אחריו עד שיאמר לי ולבני כו' ולי נר' דאין לדקדק מדברי הרמב"ם כך דאפשר דהוא לא פירש דטעמא דאמרינן בגמ' גבי מעשר דאינם זוכים בניו כשלא הזכירם כפי' הרמב"ן מטעמא דדייקינן לי ולא ליור' אלא הוא סובר כפי' רשב"ם דטעמא הוא מפה יתור לשון קא אתי כו' יע"ש . והרואה יר' דאין תי' הרב פמ"א עולה לפום דינא לדברי הרמב"ם הם לקוחים מהתוספתא דפ"ו דמאי דתני הכי כהן שמכר שדה לישראל ע"מ שהמעשרות שלו לעולם מת אין לו במעשרות ע"מ שהמעשרות לי ולבני מת הרי הוא לבניו עכ"ל התוס' הרי בהדיא דאין זה ס' הרמב"ם מדנפשיה אלא תנא ליה הכי בתוספתא בהדיא וכפי תי' הפמ"א לשיטת הרמב"ן ז"ל דהוי טעמא משו' לי ולא ליורשי א"כ קשיא ליה למהרש"ך וכמו שהקשה אחד מן החכמים הס' הנז"ל דמה יענה הר' מהרש"ך למאי דתני בהדיא בתוספתא דאף דפי' תיבת לעולם עכ"ז לא מרבינן לבאים אחריו ולא למהרש"ך בלבד קשיא אלא גם בתשו' הרא"ש קשיא וכאמור

אמנם המעיין בדברי הראשונים המובאים בא"ו לבתרא בשו' הנז' דבגלוי שמכר כו' יראה דאין כאן מקום קו' כלל דהא כתבו וז"ל וא"ת כיון דשייר מעשרותיו וזכה בהם הוא אפיורשיו [ליורשיו] כן דהא לא קבע ליה זמן ואין לדחוק ולומר דאתיא כמ"ד

ימ״ל לו ול״ל וז״ל דאפי׳ למ״ל לו ולזיורשיו הכא מודה דהכא שאני דלא שייר דבר קצוב אלא פירות היוצאים בשדה שנה שנה והאומר ע״מ שאתן בכל שנה ושנה לא התנה לו וליורשיו אלא לימי חייו כו׳ וכן אם התנה בדבר קצוב כגון שנה או שנתים כו׳ נותן ליורשיו יעו״ש ומעתה לא קשיא להרא״ש ז״ל ולמהרש״ך מהאי דתני בתוספתא דאפי׳ פירש דבריו ואמר לעולם אין בניו יורשים וכותו מטעמא דאינו מבוייס וקצוב אמנם היכא דהדבר הנתון הוא מסויים וכנדון הרא״ש דנתן חדר בהצירו המיוחד וכן נדון מהרש״ך דהוא בית מסויים הא ודאי היכא דפירש דבריו מעתה זע״ע או ליתנא דמשמעותי׳ הוא לבאי׳ אחריו אזי דיינינן ומוספינן דאפ׳ את יורשיו וכותו בניו אחריו ומעתה גם בנ״ד דיינינן הכי דלא מצי לסלוקי לבני ש׳ השוכר מטעמא דכתיבנא

ורע דכ״ו שכתבנו הוא כדי לצאת י״ח משמעו׳ מרן ב״י סי׳ שי״ב להביא דברי התוס׳ דפ׳ הזקת והראב״ד והרשב״א דסברי דגדול כחו של שוכר שאפי׳ את תוך הזמן בניו יורשים וכותו להפוקי ממ״ש המרדכי יעו״ש מוכח דפשיט ליה למרן ב״י ז״ל בדעת מהר״ס דבי היכי דס״ל במיתת השוכר בתוך זמן השכירות דשמי בידייהו של יורשיו לבטל השכי׳ ה״נ שמי בידיה דמשכיר לבטל השכירות והכי מתברר דס״ל למהרש״ך בהזתה תשובה דנוספות כנו״ל

ברם הרב ב״ח שם סי׳ שי״ב הלק על סברת מרן נמה שהבין בסברת מהר״ס אלא מהר״ס מודה דלא מצי המשכיר לסלק ליורשי השוכר יע״ש גכמהרשד״ם בתשו׳ סי׳ תע״ו הביא דברי מהר״ס וכתב ואפשר דקף מור״ס מודה דלא מצי המשכיר לס״ק יע״ש

(**אה** ועיין למהרשד״ם גופיה בסי׳ רנ״ה יע״ש והוק ועי׳ בסי׳ שז״ו מה שכתבתי על דברי הר׳ מהר״ס אשכנזי)

ומהר״ם הלוי ה״מ סי׳ ל״ה עלה ונסתפק בזה ועלה בהסכמה לעשות פשר דבר וכמ״ש ח״ז סי׳ ל״ד כתב בפשיעות דלאו הא בהא תליא ורב המרחק יעו״ש והלק על ספקו של הרב מהר״ם הלוי וכסברת הב״ח ומה שתמה הרב שמחת יו״ט ז״ל שם מהביא מימרא דרבא הניח להם אביהם פרה שאולה משתמשין בה כל ימי שאלתה כו׳ יעו״ש

ולדידי חזי לי דלא דמיא דהא קא מודה מהר״ס דהיכא דהדבר הקדים לו כל שכירותו השכירות בריא והוק ואלים ואינם יכולים להוציא שום א׳ מהם והכי הוי דינא דפרה שאולה דהוי כמו שהקדים לו מעות ועי׳ נמי להרב ברכות שם ועי׳ להרב ידמ״ת ה״מ סי׳ ע״א דנדון דידיה הוה במת השוכר והיו יורשים רוצים להשכיר החלר לאחרים כו׳ יע״ש והרב ז״ל לא העלה על שפתיו פלוג׳ הלזו כנו״ל ומה שנשאו ונתנו גדולי האחרונים ז״ל ברם לפי מ״ש למעלה לתרולי לשתי תשו׳ מהרש״ך אתי שפיר דברי הרב מאחר דטענת המשכיר היתה דאם היתומי׳ רוצים לדור שידורו נמצא דלא הקפיד בתחי׳ השכירות לו ולא ליורשי (**אה** ע״כ מ״ל והנה לא נ״זר לן בהדיא רבי׳ המחבר אי דעתו בהאי דינא אי מצי המשכיר לו׳ קי״ל כמהר״ס וכש׳ מרן ושיע׳ דס״ל כדעת מהר״ס דה״ה לגבי המשכיר גם כן למעכב ביד היורשים מלדור בבית אמנם בקונטרים הזכרונו׳ שחיבר רבי׳ הגדול המחבר מצאתי לו באות יורשי׳ דל״ד שכתב וז״ל ר׳ שהשכיר בית לש׳ לזמן קצוב ומת ש׳ בגו ומניה אי זכות זה שהיה לאביהם יורשים היתומים ונ״מ דאם בא המשכיר להוציאם לא שמי בידיה עי׳ למרן ב״י ז״ל סי׳ שי״ב דהביא מחלו׳ התוס׳ ומהר״ס ועי׳ מה״ח ה׳ שכירות מהת יו״ט דס״ט וקי״ח פמ״ת ח״א סי׳ ל״ד ת״ת סי׳ רנ״ו עדות ביעקב וכתבו דמצי המוחזק לו׳ קי״ל ועי׳ עדות ביוסף ה״ב סי׳ ה״י והאו״ר בא לידי ת׳ מהר״ס אשכנזי כ״י וראיתי דנשאל ע״ז ואחר שנשא ונתן הרב ז״ל כתב וז״ל ולפי״ז נ״ל במחלוקת הוא שנוי והמשכיר הוא המוחזק ומצי למימר קי״ל כמוהר״ס וכש׳ מרן ושיעתיה כו׳ ולא שייכא בזה הביא תשו׳ הרשב״א דכרם כו׳ לפי החילוקים שנאמרו בה עיין להר׳ פמ״ת ה״ת סימן א׳ וב׳ וג׳ וגם לא שייך מה שנחלקו גבי קרקע אי אמרינן מ״ק הוא המוחזק או היכא דקימ׳ תיקום שלא נחלקו אלא גבי מכירה ולא בשכירות וכמ״ש הרב כנה״ג בסימן ק״ת כו׳ ועוד שלא תלקה מדת הדין כיון דאם באים היורשים שלא לדור בהדירה בידם מטעם קי״ל אם אתה אומר שלא יוכל המשכיר להוציא חייב לקתם מדת הדין כו׳ הכל׳ העול׳ דהדין עם המשכיר והסכימו חברי ומהר״ח ענבי כ״ו והתמנו במג״ב עכ״ל ׳ ע״כ מצאתי כתו בזכרונותיו וכנראה דהכי ס״ל לרבינו המחבר כהך פסקא דדינ׳ של הרב מהר״ס אשכנזי ז״ל

(**נא״ה** הא לכם פסקא דדינא של הרב מהר״ס אשכנזי הנז״ל דרימוז רבי׳ המחבר בסמוך

סימן מו

שאלה ראובן ואחיו שותפין והשכיר ראובן לאחיו חלקו בחצר והמי׳אני לכשיפרדו מהשותפות עד ן׳ שנה בעד סת׳ לחדש וזה נוסח השטר הכל אמנם בהפרדם מהשות׳ איש מעל אחיו מעתה נתרצה ראובן והשכיר לאחיו כל המקום מהי׳ ועד ע׳אריך ע״ס כו׳ בשכירות ל׳ גרו״ש לא׳ לכל הימים ואפי׳ עד ן׳ שנה כנ׳ ויפרע לאחיו חלקו שהוא ה״י גרו״ש לא׳ והי״ב יעלם אחיו לפי חלקו מהמולקי הנז׳ וכל עוד שאחיו פורע והולך מיום הפירוד ואילך ליד אחיו או ליד ב״כ השכי׳ ה״י גרו״ש בכל חדש לפי החלקים שיש לו במולק״י הנז׳ לא יוכל לדרוש מאחיו שום שכירות יותר מהאמור אפילו פ״ק לכל הימים אפי׳ עד ן׳ שנה עכ״ל השטר הנ״ל ואח״ך נפטר ראובן ואלי״ם ונשאר ן׳ ראובן נ״ו שות׳ עם דודו כ״כ זמן ואח״ך נתקוטטו ביניהם ונתנו גמר ביניהם להפריד השותפות ובא בן ראובן לשאול הגיע אם הוא מחויב להמשיך השכירות נ״ו עד זמן כ״ו אף עם יורשי דודו לכשיפטר דודו לאורך ימים ושנים מאחר שהוא לעת כואת יותר כפלי כפלים ימ״ך ושכמ״ה

תשובה

תשובה הנה לענין אם היורשים רוצים להסתלק מהשכירות ואינם רוצים לפרוע אלא הזמן שדר בו אביהם במחלוקת הוא שנוי דלדעת מהר"ם הדין עמהם וכמ"ש המרדכי בשמו פ' האומנים ודעת הראב"ד והרשב"א שצריכי' היורשים לשלם ע"ש זמן הקצוב כל השכירו' במשלם וכבר כתב הרב ת"ח סימן נו"ר והפמ"א ח"א סי' ל"ל דמצי המוחזק שהם היורשים לומר קי"ל כמהר"ם דכיון שנאנס אביהם ומת הו"ל להמשכיר לאתני כיון פועלים היכא דלא הו"ל למידע לא הם ולא בעה"ב דהוי פסידא דפועל ה"נ הכא כיון דלא התנה המשכיר הפסיד

אמנם אם היורשים רוצים לדור במקום השכור למוריסם ולפרוע השכירות עד סו' זמן השכירות אלא דהמשכיר אינו מרוצה להניחם לזה כתבו התוס' פ' הזקת דנ"א ע"ב ד"ה קנת' וז"ל ואומר ר"ת דגדול קניינו של שוכר מזה שאפי' מת תוך הזמן המקום מושכר ליורשיו עד הזמן משא"כ באשה שאם מכרה ונתנה הבעל מוציא מיד הלקוחות כו' יעו"ש ולכאורה יראה דבזה אף מהר"ם יוד' מאחר דכל טעמיה דמהר"ם אינו אלא משום דנאנס השוכר והו"ל למשכיר לאתנויי דהוא הסיב כפועל דאמרינן ביה פסידא דפועל וה"ט לא שייך אלא כשבאים היורשים לחזור מסיבת מיתת אבוהון לא כשבא המשכיר לחזור בו ועל פי זה תמה הרב ב"ח בסימן שי"ב על הרב ב"י ז"ל דמה ראיה מייתי הב"י מדברי התוס' דס"ל דלא כמהר"ם שהתוס' לא דברו אלא כשהמשכיר בא להוציאם ומהר"ם איירי כשבאי' היור' להסתלק ומ"מ הרב ב"י לא שמיע ליה הכי בדעת מהר"ם ולפי זה יראה לכאורה דלדעת מרן ז"ל כל אפיא שוין לדעת מהר"ם ואין לחלק בין כשהיורשים באים להסתלק ובין כשבא המשכיר לסלקם ומ"ה הבי' ראיה מהתו' וכן מתבאר מדברי מהרשד"ם בח"מ סי' רל"ה דס"ל הכי שאין לחלק יעו"ש (**אי"ה** ומדברי מהרשד"ם ינלמו בסימן תע"ו מתברר להפך יעו"ש) ויראה טעמו כמו שכתב לעיל מזה שלא תלקה מדת הדין כו' וכן ג"כ דעת הרב בני אהרן סימן ל"ד וכ"כ הרב שמחה יו"ט דקי"ח ע"א והוכיח כן מדברי מרן וליד' ג"כ להרב מהרש"ך דס"ל כדעת מרן יע"ש וכבר כתבנו שכן מתבאר ג"כ מדברי מהרשד"ם והרב בני אהרן ז"ל וכמ"ש

ולפי"ז ג"ד במחלוקת הוא שנוי דלדעת מרן ומהרש"ך והרב בני אהרן ס"ל למהר"ם שיש כח ביד המשכיר להוציא ליורש והגם שיש חולקי' בדבר מ"מ הרעא בחזקת המשכיר קאי שהוא מ"ק וכ"כ מהר"א הסון ז"ל הובא במקור ברוך ד' פ"ז ע"ג ולא שייך בזה אותם תשו' של הרשב"א דכרם הביאה מרן ב"י סימן כ"ט כפי החילוקים שנאמרו בה עיין להרב פמ"א ח"א סימן א' ב' ג' ועיין עוד מ"ש הרב כנה"ג סימן ר"ז הגב"י אות ן' יע"ש

וגם לא שייך בזה מה שנחלקו גבי קרקע אי אמרינן בחזקת מ"ק או היכא דקיימא תיקו' ונחלקו בזה גדולי אחרונים שלא נחלקו אלא גבי מכירה ולא בשכירות וכמ"ש הרב כנה"ג סימן ק"ס הגב"ט בשם מהר"ש יפה ז"ל וכיון שכן שהמשכי' הוא המוחזק מצי למימר קי"ל כמהר"ם וכסברת מרן וסיעתיה ויכול להוציאו ליורש או יעמיס עליו ערך השכירות עפ"י מה שישתוו ביניהם מחדש דפנים חדשות באו לכאן

איברא דיש להבין מנ"ל להרב ב"י וסיעתי' להבין כן דלדעת מהר"ם ז"ל כל אפיא שוין הא החילוק מבואר ביניהם כמ"ש וראיתי להרב מהריט"א שם שרצה לפרש דע"כ ס"ל למהר"ם דשכירות הוי לו ולא ליורשיו ומ"ה קאמר דכיון שנאנ' אביהם פטורים היורשים דאי לא אלא דדעתו הוא שהשכיר לו וליורשיו מה זו טענה דכיון דמת אנוס הוא הא אף שמת אביהם מ"מ היורשין ראוין לדו' ינואו וידורו ויפרעו השכירות משלם עכ"ד יעו"ש ומלבד דכבר הוקשה לו להרב ז"ל דמ"ש מהני' להן אביהם פרה שאולה משתמשים בה כל ימי שאלתה יע"ש עוד אני תמיה דמה זה הוכח' דאם אית' דס"ל למהר"ם שהשכיר גם ליורשים אמאי פטורים ינואו וידורו הרי היורשים לא נתחייבו בזה אף שאביהם לקח בשכירות כל המקום לצרכם מ"מ הרי הם אינם רוצים לקבל ומאחר שהם לא נתחייבו בתחי' השכירו' מהיכא תיתי לחייבם עכשיו וכדאמרי' פ' הגוזל דקי"ב הניח להם אביהם פרה שאולה כו' מתה אין חייבים באונסיה ופרש"י ז"ל דלא קבילו עלייהו נטרו' עכ"ל ה"נ אם לא קבלו עליהם חיוב השכירות הלוו אף שאביהם קבל ונהי שאם הניח להם אביהם אחריות נכסים יש לעמוד אי משעבדי נכסי לכל הזמן שקבל או נאמר כיון דקי"ל דיהבי' לשכירות מתחי' ועי"ש וכל יומא ומני' הוא לא נתחייב אלא הזמן שדר וחשיב כמו שאלה שאינו מתחייב עד שנאנס ומ"ה פטירי היורשים ומ"מ אם לא הניח להם אחריות נכסים מהיכ' תיתי לחייבינו ואולי לדעתו שאם הניח להם אין חייבי' היורשים יען שנשתעבדו נכסיו ומהר"ם לא חילק בהכי אם הניח או לא דמשמע דלא שנא ועדין צ"ע לענ"ד

ואפשר להכריח בסגנון אחר והוא דאם אית' דס"ל למהר"ם דהוי השכירות לו וליורשיו א"כ סתמא הוי כאלו פי' בפי' שאם ימות יזכו בניו אחריו בשכירות וא"כ כשמת חייבים היורשין לשלם שכרי השכירו לו וליורשיו אף שנאנס אם ימות ונמצא שכבר התנה ולא שייך בזה פסידא דפועל שכתב מהר"ם דהו"ל לאתנויי שהרי אדרב' כבר התנה להתחייב אלא עכ"ל דס"ל למהר"ם דסתם שכירות לא הוי לו וליורשיו ע"ד שכתב מהריט"א ז"ל

פש נבן לבאר מה דהוקש' לו לפ"ז מ"ש משאלה דמשתמשין בה כל ימי שאלת' הנה לק"מ דהוא דראיתי להנמק"י פ' המקבל גבי ההוא שתלא דשכיב דלא יכלי יתמי למימר תן לנו כמו שפסקת עמו ונשלים מלאכתו שיכול לומר להם אין לי חשבון עמכם כו' כתב דלא דמי למאי דאמרי' הניח להם אביהם פרה שאולה שמשתמשי' בה כל ימי שאלתה דשואל שאני דכל הנאה שלו ולפיכך זכו הבנים את זכותו כל זמן שאלתה אבל קבלנות שהוא מתעסק

מתעסק במלאכתו של בעה"ב יכול לומר לו אי אפשי שתהיה אתה מתעסק וכו' יע"ש וכ"כ הר"ן והרשב"א וכ"כ הרב ב"י בסי' קע"ו סל"ה בשם תלמידי הרשב"א יע"ש וא"כ מלי סבר מהר"ם ז"ל כהני רבוותא ז"ל הר"ן והרשב"א ונמק"י ותלמידי הרשב"א שלא נאמר האי דינא דהניח להם אביהם וכו' אלא דוקא בשאלה שכל הנאה שלו אבל בשכירות דהוי כש"ש שאין כל הנאה שלו כידוע הו"ל כקבלנות דלא זכו בניו אחריו וטעמם נראה דמאחר שכל הנאה שלו בימי השאלה חשיב כשלו לגמרי ויורשים זכותו אלא שכל זה עדין אינו שוה לפרש בדברי הר' ב"י ולהעתים בכוונתו דלכל כי האי צריך נגר ובר נגר והו"ל לפרש ולהכריח כ"ז בדברי מהר"ם ובהכי הוה אמר דהתוס' פליגי ולא למסתם לה סתומי

ונלע"ד לומר דכוונת הר' ב"י ללמוד כן מסתמיו' דברי התוספות ז"ל שכתבו שאם מת תוך הזמן המקום מושכר ליורשיו עד הזמן ולא כתבו שהוא מושכר בכל אחד דוקא והוא אם ירצו בני השוכר לקיים השכירות ואם לא ירצו הרשות בידם אם איתא דס"ל כמהר"ם והכי מוכח מפסקי תוס' סי' קי"ע שכתב לדינא שאם מת השוכר המקום מושכר ליורשיו עד הזמן מוכח דכל אפייא שוין שחייבים ב' הצדדים לקיים השכירות עד הזמן ואין שום אחד מהם יכול לחזור ומזה הוכיח מרן שהתוס' פליגי עם מהר"ם ז"ל ולפי זה אין ראיה דמרן הבין בדעת מהר"ם דאם ירצו היורשים לקיים השכירות דיכול להוציאם המשכיר אלא בדברי התוס' הבין דכל אפיא שוין והיינו מסתמיות דברי התוס' וכמ"ש ומ"מ לפי מה שהוכחנו לעיל בדעת מהר"ם דס"ל דכתם שכירות לא הוי לו וליורשיו אין יולא בנ"ד שיכול המשכיר לסלק את היורשים ואף שהתוס' פליגי עליה הרעא בחזקת המשכיר קיימא

ועוד נלע"ד דכל הני רבוות' שכתבנו למעל' וגם הסמ"ע סי' שמ"א ס"ק ו' שכתבו דטעמא דיורשין זכות אביהם גבי פרה שאולה הוא משום דכל הנאה שלו וכמ"ש דמשמע מדבריהם שאם היתה שכורה בידו אין יורשין זכותו כולהו פליגי על ה' ר"ת הלזו שכתבו התוס' בסוף' חזקת וכנז"ל שאם מת השוכר תוך הזמן המקום מושכר ליורשיו על הזמן אף שאין כל הנאה שלו והגם דהרשב"א הוא מכת הסוברים דלא כמהר"ם וס"ל דחייבים הם לקיי' השכירות ע"ש הזמן שקבל אביהם וחייבים לפרוע כל השכירות היינו משום שהמשכיר רוצה בקיומו של השכירות וכיון דשכירות ליומיה ממכר הוי נמצא שכבר נתחייב מורישם מה שעולה כל השכירות על הזמן שמוגבל אם הניח להם אביהם נכסים אבל אם המשכיר רוצה לבטל כל השכירות מאחר שמת אביהם אין לי הסכון עמהם וכמ"ש גבי שהוא מתלא ס"ל להרשב"א בזה מאחר שאין כל הנאה שלו מלי לבטל השכירו' מהיורש מהאי טעמ' דמאחר שאין כל הנא' שלו

ובר מן דין האיכא פלוגתא אחריתי בפרק מי שאחזו ה"ז גיטך ע"מ שתתן לי מ' זוז ומת וזקוקה ליבם רשב"ג אומר יתן לאביו כו' ואמרי' התם דפליגי בלי ולא ליורשי וה"נ י"ל כשלא השכי' אלא לו ולא ליורשיו

הן אמת שמהרימ"ט בתשו' ח"מ סי' מ' כתב שלא אמרו הכי אלא בתנאי כגון הביא דהתם ע"מ שתתן לי מאתים זוז שאם רצתה אינה נותנת ואינה מתגרשת ונמצא שעדיין לא זכה הבעל בהני זוזי לו' דמכחו יורשים זכותו ומש"ה אמרי' דלי ול"ל מש' אמנם בכל חיוב דעלמא שנתחייב האדם לחבירו בלתי שום תנאי הרי זכה מעכשיו לגמרי ואינו מחוסר שום מעשה וכיון שכן הרי היורשים יורשים מכחו ואין לומ' בזה לו ולא ליורשי יע"ש והכי מוכח לכאורה מדברי התוס' הנז"ל שכתבו משם ר"ת ז"ל בפשיטות דגדול כח השוכר שאם מת מושכר ליורשיו ולא נרגשו כלל מהא דלו ולא ליורשיו ואמאי מוש' ליורשיו לימא להו המשכיר שלא השכיר אלא לו ולא ליורשיו ולפי דברי הרב מהרימ"ט אתי שפיר דמאחר שהשכירו לו עד זמן מוגבל בלי תנאי זכה השוכר לגמרי ומכחו קא ירתי

ומ"מ סברת מהרימ"ט הלזו תידי פלוגתא לא נפקא ללדעת מהראנ"ח בתשו' ח"א סי' פ"ח ומהרש"ך ח"ב בנוספו' סי' כ"ו לא שמיע ליה כן אלא בין חיוב ובין תנאי כולן שוין וכמ"ש הרב בני אברהם ח"מ סי' ב' וע' פאת נגב ח"מ סי' ט"ו ואף שהרב שמחת יו"ט פליג וכתב בדף קי"א דלדעתו לא מהראנ"ח ולא מהרש"ך חולקין על הרב מהרימ"ט כו' ואפי' את"ל דפליגי אין לו' קי"ל כיון שהריטב"א ורבו ס"ל דבחיוב לו וליורשיו עכ"ל מ"מ עי' להרב עדות ביעקב סי' ל' שכתב שדברי הריטב"א בפ' מי שאחזו הם הפך ס' מהרימ"ט דתפס במושלם דכל תנאה וחיובא דמחייב מרצונו אמרי' לו ולא ליורשיו וכן הסכים מר אביו הרדא"ב שם והרב שם חיי סי' י"א ס"ל ג"כ דהריטב"א ז"ל חולק על הרב מהרימ"ט ועיין להרב דברי אמת בזכרונותיו דליין להמרדכי פ' מי שאחזו דהולך מנה לפלוני לו ולא ליורשיו

ומאחר דבאנו לידי מידה זו דדינו של מהרימ"ט במחלוקת שוא שנוי המשכיר הוא המוחזק וכמ"ש לעיל הגם דלענין פלוגתא דרבוותא אם רשאי השוכר להשכיר דלהרמב"ם ודעימיה רשאי והראב"ד וסיעתו ס"ל דאינו רשאי וכמבואר פ"ה משכירות והסכים הר' כרם שלמה ח"מ סי' ע"ו דהשוכר מוחזק דשכירות ליומיה ממכר הוא כיון שאין להם ס' בשכירות עצמו יע"ש וכ"כ הר' ש"ע סי' כ"א דק"ו ע"ג מור"ם בד"מ סי' שי"ו כתב בפשטות להפך במחלוקת הרמב"ם ומוהר"ם אם יוכל להשכיר בהרבות דיורין כתב דנקיטינן כהרמב"ם שאינו יכול להשכיר לה' מנין בני ביתו משום דקרקע בחזקת בעלים היא קיימת ואפי' שאין ס' בשכירות עצמו ואפי' לדעתם לא אמרו אלא כשאין להם שום ס' בשכירו' אבל בנ"ד דהס' גופא בתחילת השכירות אם השכיר לו דוקא או אף ליורשיו מאחר דנפל הס' בעיקר השכירות מודו הם ז"ל דקרקע בחזקת מ"ק והיינו המשכיר מוחזק וע' להר' פמ"א ח"א סוס"י ג' וכ"כ מהראנ"ח סוס"י פ"א וכ"כ הר' כנה"ג סי' ר"ג הגב"י אות ן' ונסתייע מדברי הראנ"ח וכ"כ בתשו' ה"מ סי' ר"ג ולדעת החולקים על הר' מהרימ"ט יש לפרש דליכא ראיה מדברי התוס' שזכרנו וכמ"ש דאיכא למי' דהתוס' מיירו היכא שלא הזכירו בלשונם לא תיבת לי ולא תיבת אתה ויתכן דהיה השכירות בע"פ בלי שטר או באופן אחר שלא הזכירו מיעוט כלל ומ"ה כתבו התוס' בפשיטות האי דינא שאם מת מושכר המקום ליורשיו עד הזמן ולא כתבו שום רמז דלי ולא ליורשיו כלל

ובהכי

ובהכי ניחא ג"כ מ"ש הריטב"א ז"ל פ' אלו נערות על ד' ל"ד ע"ב על האי דינא דרבא הניח להם אביהם פרה שאולה וכו' כתב דהרי זה כמי ששכר להם אביהם ומת שמשתמשין כל ימי שכירותו ואין חייבים הם בשכרו אם לא הניח להם אביהם אחריות נכסים ולא העלה על שפתיו שום רמז דלי ולא ליורשיו ולפי מ"ש הראב"ד וגם הר"ע"ב והר' מ"א שדבריו הם הפך מהרימ"ט כנז"ל א"כ איך פסיק ותני הכא שדרים היורשים עד הזמן בלא כסף ובלא מחיר לימא להו שלא השכיר אלא לו ולא ליורשיו ובמ"ש יבא על נכון דשמי מכאן האי דינא דלי ולא ליורשי דמיירי בהיות אופן דלא שייך זה וכגון דליכא מיעוט כלל לדקדק לו ולא ליורשיו ומ"מ ירתי מכחו היורשים של השוכר וכמ"ש ע"ד התוס'

ועל פי זה ג"כ י"ל על מ"ש הר' בני אהרן ז"ל בסי' פ"ט שהביא האי לשון הריטב"א נ"ז לנדונו שהיו רוצים היורשים לדור ולא לפרוע שום שכירות וכו' וא"כ כתב שיש מחלוקת בדבר ולו יהי ס' המשכיר הוא המוחזק ולא זכר שר כלל להאי דינא דלי ולא ליורשיו ולכאורה הוי הפך ממ"ש לענין הדין דמוכח מדבריו שם שאם נתרצה היורש לדור ליכא מאן דפליג אלא דלפי האמור גם נדונו היה באופן זה כמ"ש לדברי הריטב"א ולהכי נסתייע מדברי הריטב"א ולא הזכיר מזה כלל ומ"מ קשה עליו לע"ד דהו"ל להביא מדברי הנ"י בשם הרשב"א והר"ן ותלמידי הרשב"א והנ"י עצמו והסמ"ע שכתבנו לעיל דס"ל שאפי' אין כל הנאה שלו כשואל אין היורשים יורשים זכותו וכמ"ש לעיל

ושור אה"ך להר' עדות ביהוסף ח"ב סי' ה"י הנדון בעצמו וכתב דזה תלוי במחלוקת הנז"ל אם השוכר רשאי להשכיר והוקשה לו מתשו' הרשד"ם ומהרש"ך שפסקו כהרמב"ם שרשאי להשכיר וכתב ואולי דס"ל כמ"ש הרשב"א בתשו' הכרם שהביא מרן בסי' כ"ט דכיון שירד ברשות ועכשיו נפל הס' הוקי ארעא בחזקת השוכר ואח"ך הור' בו וכתב דהא ליתא שלא אמרו כן אלא גבי דידיה אבל להורישו לאחר שלא שכרה לא וכו' וכוונתו לחלק כמ"ש שבספק נפל כמאן לא שכרה לדעת הסוברים דמצי למימר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר אף בקרקע וה"נ דוקא לאביהם היה רוצה ולא להם משא"כ גבי דידיה דודאי שכרה לו באופן דנפלינו למדין מדברי הר' ז"ל שבכל ס' שיכול אף שכרה ליורשים המשכיר הוא המוחזק ואינו מניח ליורשים להשתמש במקום המושכר לאביהם ומ"ש הה"ך ופסק להפך הוא מטעם דס"ל דסברת מהר"ם יחידאה ולא מצי נימר קי"ל האמנם הר' ה"ח בסי' נו"ר והפמ"א ח"א סי' כ"ד חלקו ע"ז וס"ל דמצי למימר קי"ל כמהר"ם כיון לגדולי המורים לא גילו דעתם בזה יע"ש ומה גם דלשון השטר דנ"ד משמע כשלא השכיר אלא לו ולא לנ"כ כמ"ש בנוסח השאלה דנגבי פרעון דמי השכירות ברור דבריהם שאם יפרע ג"כ לנ"ך לא יוכל לדרוש כו' ולגבי השוכר השמיט מינא נ"ך וכתב השכיר לאחיו ושכתב וכל עוד שהר' מנחם וכו' שנדרו שם לו ולנ"ך נגבי השוכר כתב לא יוכל לדרוש מאחיו ולא הזכיר כלל לנ"ך זה מורה באלבע שלא השכיר אלא לו ולא ליורשיו

ואף לפי מ"ש הרדב"ז בסי' קמ"ט לדעת הרשב"א שצריך לשון מיוחד כדי למידק מינה יע"ש ה"נ יש ל' מיוחד במה שכתו' לא יוכ' לדרוש מאחיו וכו' שתיבת אחיו הוא מיוחד אלא משמע שבא לאפוקי יורשיו ומ"מ אין אנו צריכין לזה מאחר שלשון השטר מוכיח כן וכה"ג דקדק מהר"י אדרבי בתשו' סי' ל"ז דמשתמע הכי מלשון השטר ולפי זה י"ל דאף מהרימ"ט וסיעתו והתוס' כשנאמר דס"ל הכי כדעת הר' מהרימ"ט מודו ואולי הם בנ"ד כיון שהשטר יוכיח כן וא"כ אף אם השוכר מקרי מוחזק מוציאין ממנו

ועוד אני אומר שיש לחלק לע"ד חילוק ברור בנ"ד והוא שלא כ"כ מהרימ"ט אלא היכא דכל אפיא שוין בשני הצדדים ולית בהו שום צד לומר מדה"ד לוקה וכו' וכ"נ מדברי הר' שכתב וז"ל וכן אם מת המתחייב יורשיו פורעים חוב כו' יע"ש אמנם אם לגבי היורשים אמרינן שהבחירה בידם שאם לא ירצו לא יפרעו דמצו לומר קי"ל כמור"ם וכמ"ש ולגבי המשכיר נאמר ע"כ להשכירו להם דעל זה ועל כיוצא בזה איכא למימר לקתה מדה"ד פו' וכמ"ש הר' מהר"ם הלוי ח"מ סי' ל"ה וז"ל ועוד דהסברא נותנת דר"ת ס"ל כהרשב"א וכו' שכשם שלתועלתם של יורשי השוכר אמרינן שלא יוכל להוציאו המשכיר ה"נ ג"כ אמרי' לחובתם כלל הדברים שלא תלקה מדת הדין כו' והביאו הפמ"א וכ"כ מהרשד"ם בסי' רל"ה יע"ש וכיון שכן מאחר שאין לשון השטר אלא לו אין לנו אלא לו דוקא ולא יורשין כעין מ"ש מהרימ"ט לגבי תנאי ומ"ש התוס' דהמקום מושכר ליורשיו אף אם נאמר דס"ל כש' מהרימ"ט היינו משום דס"ל דלא כמהר"ם ז"ל וכמ"ש הב"י לדעתייהו כל אפיא שוין ולית ביה שום צד לומר מדה"ד לוקה ומש"ה כתבו כן

הכלל העולה מכל מ"ש דבנ"ד זכה בן ר' המשכי' בדין ואין ליורשי השוכר גו' מקום פטור לדור ולהשתמש בבית אביהם בחלק בן ר' בלתי רשות בן ר' והסכימו עמי חברי ומהר"א ענבי וחתמנו במענ"ל שנתתי לידו הנלע"ד כתבתי נאם

הצעיר **מיכאל אשכנזי** ס"ט

סימן מז

שאלה ר' ששכיר ביתו לשמעון לזמן שתי שנים ודר בו השוכר עוד שתי שנים אחר השלמת הב' שנים של זמן הראשון בשתק בלא דבר איש את רעהו ובהמשך זמן השכירות האחרון דרוש דרש המשכיר מן השוכר שיריק ביתו דרוצה לדור בביתו מקנת כספו ועל זה שאל שאל האיש השוכר מן המשכיר תן לי זמן ההודעה וכנהוג והמשכיר משיבו איני נותן לך כלום

תשו'

תשובה ראה המדברים בענין זה הוא מהריב"ל ח"ד סי' כ"ח רמזו הרב כנה"ג סי' ק"ס אות קל"א דנשאל על זה והשיב דיש ב' חלוקות והוא דאם חדשו השכירות דלא עמד השוכר בשתיקה מסתברא דצריך לתת לו זמן ההודע' ולא אמרינן על תנאי הראשון השכירו וראיה מחיו' דבת אשתו דאם גרשה והחזירה דכתבו הרשב"א והר"ן דפקע חיובו ולא אמרינן דמעשה הנשואין השניים דהיו בסתמא סמכי אדעתייהו אחיובא קמא אלא אמרינן פנים חדשות באו לכאן אמנם היכא דלא דברו איש את רעהו שום דבר היה נראה דהאי שכירות שכירות ליומי מקרי דלא צריך לתת לו שום זמן מ"מ אפשר כיון דנתארך בסתם והיה נוטל דמי השכירות כמי' השכירות מקרי עכ"ל ולא נתברר בהדיא בדברי מהריב"ל האי דקרי ליה שכירות מחדש אי הוי דוקא דכבר נפסק זמן השכירות הקצוב ואח"ך השכיר לו מחדש או בטרם קלת ימים קודם השלמת זמן השכירו' דברו איש את רעהו והסכימו ביניהם להאריך עוד השכירות ועי"ז קארי ליה חידוש השכירו' לאפוקי אם לא גילו דעתם זה לשכור וזה להשכיר ברם משמעו' דבריו הוא דהכל תלוי בגילוי דעת דהיכא דלא גילו דעתם והאריכו השכירו' בסתמא זה נקרא שכירו' סתם ועל זה ספוקי מספקא ליה אי יהיב ליה זמן ההודעה או לא והיכא דגילו דעתם להאריך עוד השכירות זה נק' שכירות מחדש ויהיב ליה זמן ההוד' ולא אמרינן סמיך אדעתיה המשכיר לשכירות קמא ומעשה בתרא נגרר אחר מעשה קמא ׳

וראיתי להריב"ש סי' תע"ה דנשאל על חזן א' דנשכר לקהל א' לזמן קצוב בתנאי גמור שיהא פטור מן המס ונשלם זמן הראשון ונשכר אח"ך לבירורים אחרים מן הקהל ההוא בסתם אי אמרי' דפטור מן המס דע"ד תנאי הראשון השכיר והשיב דע"ד תנאי הראשון השכירוהו ודומיא דההיא דפ' הכותב קטן שהשיאו אביו כתובתה קיימת כו' ואע"ג דאמרו דלית לה תוס' היינו טעמא שהדבר שבטל בעת שנעשה אינו מתקיים אלא א"כ נתחייב מחדש בשעה שנתגדל אבל השכירות הקיים שהאריכו' כשעבר זמנו על דעת תנאי הראשון האריכוהו יעו"ש ובודאי דלש' הריב"ש ההיא דחיוב הבת דכתבו הראשונים דאף דהחזירה בסתמא לא אמרינן ע"ד תנאים הראשונים היינו מטעם דלפי שעה היה ביטול דבר דנפסק החיוב בגרושין וכל כמה דאיכא שהיית זמן בפיטורו ונפסק אם אח"ך חזר הדבר לקיומו לא חזר לקדמותו כאשר היה מאז מקדם ומזי דמדמ' בירוש' חיוב הבת לתוס' של קטנה דלא היה שהות זמן בפיטורו אלא המשכ' ומן היינו טעמ' מאחר דבעת חיובו היה בטל מעיקרו ואפ"ה לרב יהוד' חייב בתוס' ב"ה והוא הטעם בחיוב הבת דאף דגרשה ונתבטל זמן חיובו עכ"ז אם החזירה ע"ד תנאים הראשונים הוזרים ונמדנו מדברי הריב"ש הללו לכאורה הפך ש' מהריב"ל דהגם דחדשו השכירו' מחדש כיון דלא היה הפסק וביטול אלא דהאריכוהו כשעבר זמנו כל כי האי ע"ד תנאים הראשונים הוא סומך ומינ' בשכירו' דהיה לזמן קצוב והאריכוהו כשעבר זמנו יהיה מה שיהיה או שהאריכוהו בגילוי דעתם או שנתארך בסתם בלתי שום אמירה ביניהם כל כמה דלא היה בדבר הפסק וביטול אדעתא קמא סמכי אינשי ולא צריך זמן ההודעה

ואיברא דמתשו' מהרשד"ם ח"מ סי' רל"ו רמזה שם הרב כנה"ג ז"ל אות קל"ג מתברר דהיכא דדר ביה השוכר בשתיקה אחר זמן הקצוב צריך ליתן לו המשכיר זמן ההודע' שכתב וז"ל ובנ"ד כאשר נרא' בשטר השכירות הזמן הקבוע היה ששה חדשים כו' ונתעכב שם עוד ששה חדשים בשתיק' כו' וזה המשכיר אפי' בעירות לא היה בידו להוציא לשוכר אך מטעם כי היא כרך אין כח למשכיר להוציא לשוכר עד יעברו י"ב חדשי' משיגה שיודענו כו' יעו"ש הנה פשיט ליה למהרשד"ם ז"ל דשכירות סתמי שבא אחר השכירות הקצוב מחוייב המשכיר לתת לו זמן ההודעה ולא אמרינן ע"ד השכירות הראשון ירד וכ"כ הרב בני אברהם ח"מ סי' ס"ה ודקדק כן מדברי הרב כמ"א דמחייב המשכיר לתת לו זמן ההודעה יעו"ש ולכאורה מדברי הריב"ש יראה להפך

ואיברא דהוה אפשר לחלק בין האי דינא דהודעה דהוי תיקון חז"ל דהמה ראו בשיקול דעתם לעמוד בימין השוכר דהגם דמדינא לא מחייב המשכיר ליתן לו כלום מ"מ חז"ל חייבוהו למשכיר לתת זמן ההודעה א"כ אכן נמי אמרינן דע"כ לא אמרו דהיכא דהשכירו לזמן קצוב דליכא זמן ההודע' אלא דוקא היכא דאיכא גילוי דעת בהדיא בשעת השכירות דהיינו הזמן הקצוב ברם היכא דנפסק אותו זמן המוגבל ונתעכב שם השוכר אמרי' איבעי ליה לאתנויי דע"ד תנאי הראשון הוא מאחר דחכמים עמדו בימין השוכר ולא בימין המשכיר אף דהוא מאריה דהאי ביתא אמנם היכא דתנאי קמא הוי מילי דלא שייכי תקנת חז"ל כההיא דהריב"ש אמרינן דע"ד תנאים הראשונים הוא נגרר מעשה בתרא הגם דלא פירשו כן בהדיא בשעת מעשה בתרא כל היכא דלא נפסק הדבר מקדמותו אלא שהאריכו הדבר בלתי הפסק אמרינן דע"ד תנאים הראשונים הוא

ועפ"ז שסילקתי אסכנא פתרי למה דשמעתי מקשים לדברי מהרשד"ם ז"ל מההיא דכתב מהרשד"ם בסי' קצ"ל דשותפין שנשתתפו לזמן קצוב והתנו החלוקים לפי מה שהוא ובא הזמן המוגבל ושוב נשתתפו בסתם אמרי' דע"ד תנאים הראשונים נשתתפו והביא אותה ראיה דכל המחזיר את אשתו ע"ד כו' ה"נ בנ"ד שחלקו וחזרו ונשתתפו כו' ע"ד הראשון היה עכ"ל ׳ הרי דפשיט ליה למהרשד"ם דמעשה בתרא נגרר אחר מעשה קמא ודעתיה דאיניש לסמוך עצמו אחר מעשה הקודם א"כ היכי כתב התם בסי' רל"ו דאין מעשה השכי' בתרא נגרר אחר מעשה קמא ומשום הכי מחייב לתת המשכיר זמן ההודעה ע"כ שמעתי מקשים ואם כנים הדברים שכתבנו למעלה דחיוב זמן ההודעה שאני דחז"ל חזו בשיקול דעתם דכל דלא פי' מתחלה סמיך אדעתא דרבנן להצריך לתת לו זמן ההודעה א"כ אופה אין לדמות שאר תנאים להביא לחיובא דהודעה וכמ"ש

אמנם

אמנם ילפינן מדברי מהרשד"ם דסי' קע"ל הנז"ל דהגם דנתבטל הדבר וכבר נפסק מעשה קמא אפ"ה אמרי' ע"ד תנאים הראשו' דהא בנדון מהרשד"ם אף דחלקו וכל אחד לדרכו פנו עכ"ז אמרינן דאם חזרו ונשתתפו בסתמא על סמך הדבר הראשון קיימי אף בביטול דבר ומה שנסתייע מהרשד"ם מאותה תשובת הרשב"א אין ראיה דהתם טעמא הוא משום דאינו תלוי בדעת הבעל דהוא המקבל אלא בדעת האשה דהיא המכנסת ודעתה של אשה היא לשייר ליורשיה שליש נדוני' והשי' דהריב"ש נמי משמעות הדברים הם מטעם דהיה הענין דהאחרי' השכירות קמא ברם היכא דהאון עצמו הלך נבא הזמן המוגבל ולא רצה לשרת דנמצא דנתבטל שירותו ומוב נמלך ורצה לשרת כאשר היתה באמנה והשכיר עצמו לאותו קהל משמע דמודה זבא הריב"ש דלא אמרינן ע"ד תנאים הראשונים השכיר ומעתה דברי מהריב"ל דדימה שהיא דהודעה למ"מ הראשוני' ז"ל בההיא דהיוב הבת ומשמע לפי דבריו דה"ה והוא הטעם בכגון נדון הריב"ש דס"ל למהריב"ל דלא אמרי' ע"ד תנאים הראשונים נגרר מעשה בתרא

וראיתי להרב בית מוזאל בא"ה סי' קי"ד דרימז על תשו' הריב"ש ז"ל הלזו דמהרי"קו שו' קי"א פליג עליה דהא השיב שם מהרי"קו דשותף שנשתתף עם שותפו בתנאי לתת לו לשנה יותר מחלקו הנוגע לו דבר מה לזמן המוגבל ונתעסק עוד בשתם שנה אחרת אינו מחוייב לתת לו שותפו אותו דבר שהתנה לו אף שנתעסק בסתם דכבר פסק כח תנאי הראשון לגמרי בכלות ומנו וגם ליכא שום גילוי דעת דע"ד תנאי הראשון היו סומכין וראיה מקטן דקי"ל כרב הונא דלית ליה תוס' יע"ש והרי זה לכאורה כס' מהרשד"ם דהא מהרי"קו אף בסתמא אמרה כ"ש היכא דהיה שם ביטול דבר כנדון מהרשד"כדאמרי' דלא סמיך ע"ד תנאי הראשון ומדקדוק לשון מהרי"קו שכתב וז"ל ואע"ג שעמ' בשתם עוד שנה אמיתה אחרת אחרי כלות השות' מ"מ אין לו' דעל תנאי הראשון עמד עד שנוכיח ממנו הק' דוקאדו"ם אלא אדרבה אוקי ממונא וכו' וראיה מקטן יע"ש משמעות לשונו נראה דכל הבא לטעון ע"ד תנאי הראשון איהו ניהו המוציא מחוקת שכנגדו ועליו רמי לאתנויי דע"ד תנאים הראשונים סמיך דעתיה והיינו טעמא דקטן דהיא האשה המוציאה בטענה דסמכה דעתה ע"ד כתובתה הא' ומינה דהיכא דהבא לטעון ע"ד תנאים הראשונים הוא להחזיק בעצמו שלא נהוציא מחזקתיה ושכנגדו בא בטענה דלא סמיך דעתיה המעשה קמא אלא למעשה בתרא הוא בא להוציא מכח הך טענה מודה ובא מהריק"ו דעליו רמי לאתנויי להוציא משכנגדו וא"כ בנדון הריב"ש מודה מהריק"ו דספיר מזכינן ליה בדינו לאון הקהל לפטור אותו מן המס מתחר דמאי דקא טעין דסמיך דעתיה ע"ד תנאים הראשונים הוא להחזיק בחזקתו ולפי"ז שכתבנו הרוחנו דלא פליג מהריק"ו עם האי דינא של הריב"ש

ברם זה שכתבנו ניתן ליאמר ולהעמים בכוונת מהריק"ו דלא פליג עם האי דינא של הריב"ש אמנם הריב"ש אינו מודה למהריק"ו דהיכא דהבא לטעון ע"ד תנאים הראשונים הוא המוציא משכנגדו דעליו רמי לאתנויי דא"כ אם באת לידי מידה זו מאי קשיא ליה להריב"ש ז"ל מההיא דתוס' דקטן והוצרך לשנויי מכח שמבוטל ועומד מעיקרו הלא לפי דעת מהריק"ו התם שאני דהאשה הבא בטענה דע"ד תנאים הראשונים סמכא דעתה היא באה להוציא מן הקטן ואפי' היה בענין דמקוים ועומד מעיקרו אמרינן דלא אזלינן בתר מעשה קמא וראיתי למור"ם בסי' של"ג דאוקים דברי הריב"ש דאזיל בתר תנאים הראשו' דוקא כשחזר והשכיר עצמו בשנה שניה אבל אם עמד בשתיקה לא אמרינן ע"ד תנאים הראשונים והם דברי מהריק"ו ואפי' הריב"ש מודה ובא יע"ש ועי' להרש"ך ס"ק מ"ד דחלק ע"ד מורם ז"ל וע' להר' דב"מ ח"ב סי' ולענין שאלתינו כבר עמדו לדין לפני בי דינא רבה הי"ו וחיבוהו לתשכיר לתת לשוכר זמן הודע' ומשמע דקים להו לב"ד דהכי הוי מנהגא דלא שקלו ועדי בענין זה כלל והנלע"ד כתבתי

הצעיר **אליעזר די טולידו** ס"ט

סימן מח

שאלה ראובן ושמעון שכנים דיש לכ"א וא' חנות בפ"ע בידי'ק וחזקת החנות מאומנות המיוחד לכל אחד וא' שהתנם היו פורעים לגוי בעל המולקי כל א' כפי דמי שכירותו דראובן היה פורע לגוי פחות ממה שהיה פורע ש' לגוי הגם דהנותו של ראובן היא עומדת בקיומ'י של שני לדי רשות הרבים והנותו של ש' אין לו אלא לפני רשות הרבים של מקום א' עכ"ז כך היו פורעים לגוי אלא דמיד'יתי' היתה להנותו של ש'דהיא הית' יותר גדו' ברוחב באמת הבנין ועתה בא הגוי למכור המולק'י של השתי הנויות נו' ובאו ר' וש' ולקחו השתי הנויות נו' בש"ת ונתנו המעות בשוה מחלם ומחלה ועתה נכל הפרש והבדל בין ר' וש' הנו'יען דיש לפנים מהשני הנויות קרקע פנוי למשתמשים בו ר' ושמעון בשותפו' דזה מביא חביתו וזה מבי'כלו ובא ש'ותובע מר' בטענה בואו ונבנה הנות א' באותו ק"פנו'דפונה לצד ר"ה השני הסמוך להנו'ר' להשכירה היא מעולה בדמים מאחר דהיא פתוחה לרשות הרבים וגם רוצה ש' לבנות ע"ג ב' הנויות נו' בתים הפונות לר"ה נו' משני לדי ר"ה נו' דהם מעולים יותר ולהשכיר'לאחרי' ויש לנו הרוחה ביתר שאת ור' טוען דאיך אפשר לבנות הנות סמוך להנותי דהרי כל מגמתי ומחשבתי דלקחתי מולקי ההנות נו' ביותר משויה הוא שמא ח"ו למחר יבא תפולת או שרפא וזה דרכו של המלך יר"ה להרחיב הרשות הרבים ביתר שאת ולריך אני לבנות חנותי יותר לפנים באותו הקרקע פנוי עצמו וטוען ראובן דכך התנה עם שמעון קודם נתינת המעות לגוי דאינו רוצה בשותפות כשחזר שותפות דעלמא דוכות הקרקע משותף בעירוב דיש לכ"א ואחד זכות

בכל

בכל אמה ואמה של הקרקע מחלה לזה ומחלה לזה אלא כל אחד ואחד יזכה בהנותו ובאויר שעל גבי החנות ובק"פ נ"ז כשיעור רוחב חנותו והביא ראובן הנ' זכרון עדות דחתימי עליה תרי סהדי דמעידין ומגידין ככל דברי ראובן והמיעון הנ' מכחיש ולועק בקול מר דלא הד"מ ובא ע"א מן החתומים בז"ע והעיד על נפשו ועל יהידותו בחוינ"ג דכך היה המעשה ככל דברי ראובן והקרנו על העד האחר החתו' בז"ע שיבא לפני ב"ד אלא דכבר חלף הלך לו מן העולם אלא דנתקיים חתימתו ושמ' מביא ראיה דהז"ע הזה הוא מזויף שהרי בפנקס הבאקו"פ מפו' יוצא דהגוי בעל המולק"י מכר המולק"י מ"ב ההנויות והק"פ מבותף ומעורב בין שניהם ואין יתרון לזה יותר מזה וגם הביא המעון ב' עדים דשם נמצאו בשעת המקח דהלקיחה היתה בשות' והקרנו אפואה דחד שפדא דיפרש מהו בשותי אם הוא מעורב ג"כ כדרך שותפו' דעלמא או שלקחו בשותפות אבל לעולם כ"א ואחד יזכה כנגד הנותו בין באויר בין בק"פ נז' וראינו ב"ד כי אין בפיהו נכונה להבין אותו אמיתותן של דברים דגם הוא לא ידע לפרש לשון השותפות אם היה היה מעורב ומכחיש את דברי העד ראובן או אפשר לפרש דלקחו בשותפות ברם כ"א ואחד יזכה כנגד חנותו ואינו סותר דברי העד המעיד דהלקיחה יהיה בשותפות וכל אחד יזכה בזכות הנותו בין באויר ובין בק"פ המיוחד לתשמישו כנגד החנות ובא העד האחר והקרנו בעדותו ופעם אמר מעורב ופעם אמר בשותפות וביטא בשפתיו דפי' בשותפות ר"ל מעורב ושאלנו אותו אם היה יהיה דיבא העד האחר דמביא ראובן דהנם דבשותפות הם לוקחין מ"מ כ"א יזכה כנגד הנותו אי מלי להכחישו הכחשה גמורה דבפי' אמר דהכל יהיה מעורב ולא יזכה כ"א ואחד כנגד הנותו אז השיב אמריו דכך הבין הדבר דהיה היה מעורב ואיכא לאיסתפוקי שורת הדין ומשפטו ודינו של מילתא כדנא להיכן הדין נוטה מאחר דהעד האחר החתום בז"ע ליתוהי ואף דכבר נתקיים התימתו מ"מ בהנו למחלוקת הראשונים ז"ל היכא דליכא שטר אלא ז"ע בעלמא איכא למימר מפיהם ולא מפי כתבם וגם איכא לאיסתפוקי מאחר דהמוכר בעל המולק"י מתכרו ומקנתו הכל היה מעורב וכמפורש יוצא בטימיסו"ק הנכתב בבאקו"פ דקרינו אות באות תיבה בתיבה ע"י אהד מבני עמינו הנקי וגמיר בל' היבמע' ובכתיבת הטימיסו"ק הנכתבים בכתיבת סופרי דוקני מאנשי בבאקו"ף ושם כתוב דמכירת המולק"י היתה מעורב נמצא דאין דעת המקנה אלא להקנות בכל גריוא וגריוא דארעא לשניהם יחד ולא להקנות לזה כנגד הנותו ולזה כנג' חנותו ומאחר דדעתו של בעל המולק"י כן א"כ מה יתן ומה יוסיף הז"ע דהביא ראובן נז' דהתנה ראובן עם שמעון דלא יהיה המקח מעורב כשותפו' דעלמא הלא לאו כל כמינייהו של הלוקחים להתנות איזה תנאים דלא שמי בידיהו דאזלינן בתר דעת המקנה

תשובה הנה לספק השני אי אזלינן בתר דעת הגוי המקנה היה אפשר לכלל ולומר דמאחר דכל קניינו של גוי אינו אלא בכסף ותכף בשעת קבלת המעות של כ"א ואחד נסתלק מזכותו א"כ כל לגבי ראובן דטוען דאדעתא דהכי זכה לקנות כנגד חלק חנותו א"כ הו"ל כאותה שאמרו בבתרא פ' חזקת דנ"ד ע"ב נכסי נכרי הרי הם כמדבר כל המחזיק זכה בהם מ"ט נכרי מכי מטי זוזי לידיה איסתלק ליה ישר' לא קנה עד דמטי שטר' לידיה ע"כ הסוגיא הרי דילפינן מתלמוד' דידן דכל היכא דבאו ליד המוכר דמי מתכרו דין הפקר יש לו למה שמכר דכבר נתרוקן זכותו של המוכר ולא נשתייר לו שום זכות ושרך ואחיזה בדבר המכור וכיון דכן גם בנ"ד לכאורה בשעת מתן מעות דקיבל הגוי מידם של הלוקחים הרי נסתלק הגוי בעל המו"לקי מהשני חנויות והגם דאין דעת הגוי בעל המו"לקי להסתלק מזכותו שמכר אלא שיזכה נמי שמעון בכל גריוא וגריוא דארעא מ"מ לא אזלינן בתר דעת המוכר ולא משגחינן בטענתו והקנאתו וכי היכי דהתם אפ' דאין דעת הגוי להסתלק אלא ע"מ דיזכה הנותן דמי המכירה ולא אהר עכ"ז דעתיה מגן שויא ודין הפקר יש לו ה"נ דעת ראובן על ידי נתינת מעותיו דיסתלק בעל המו"לקי וזכה ר' מן ההפקר כנגד החנות שלו וגם שמעון זכה כנגד החנות שלו מן ההפקר ועוד אף בלאו הך טעמא דהפקר הא ראובן לווה דואת היתה דעתו ומחשבתו בשעת מתן מעות דגני קניתו לגוי בעל המו"לקי לזכות לו לעלמו כנגד חלקו המיוחד כנגד חנותו בין בהק"פ ובין באוירו דע"ג חנותו והכי מתברר לכאורה מאותה תשו' מהרימ"ט ח"מ סי' כ"ט דנשאל על רו"ש דהיו שותפין במשא ומתן ולקחו ממעות השותפות בית אחת מגוי אחד ויען דאין לו לשמעון בן ונא פירש ראובן לגוי דהוא לוקחה לעלמו וכתבה הגוי ע"ש אי זכות שמעון או לא והשיב הר' וז"ל וכי תימא דהשר לא היה בדעתו להקנות אלא לראובן דוקא ואין לוריש אתו והיאך זכה שמעון וכו' כיון שאין דעתו של הגוי אלא לזה דוקא ואין זולתו הא ליתא דהשתא דזכה ר' בבית מיד הגוי לו ולחבירו זכה בחלקו ומזכה אחיו עמו וכו' דקי' לן המגביה מציאה להבירו קנה חבירו ושוב אינו יכול לחזור בו וכו' ומה שהגוי מקפיד וכו' אינו אלא מפני זכותו שיחזור הקרקע אליו וכו' והכא אינו חבר לגוי

לגוי דאין כאן גריעת זכותו דהא כל זמן דיש לו לר' בנים אין תורה לו ואם מתו בני ר' הרי חוזר' לגוי אלא דכל היכא דזרעו של ר' קיימים זוכה שמעון בו' במקנתו ובדינינו כופין את ר' לכתוב לו לשם שטר הודאה יע"ש

הרי אתה למד מדברי מהרימ"ט דלא אזלינן בתר דעתו של גוי המקנה דאין כונתו להקנות לש' אלא לר' דלא משגחי' ביה אלא אזלי' בתר דעתו וכונתו של הקונה מאי דעתו משעת דמי מקנתו ומאחר דלא חב ליה ולא איכפת ליה במאי קא מכוין הקונה ומינה לנ"ד דלא חב ליה לגוי אם דעת הקונה בשעת נתינת דמי מקנתו לקנות לו כל חלקו המיוחד בעד חנותו והגם דבכתיבת פנקס הבאקוף מפורש יוצא דלא היתה דעתו של גוי בעל המולק'י להקנות חלק מיוחד כנגד החנות אלא דעתו הוא להקנות לכ"א ואחד בכל גריוא וגריוא דהרעא דיהא בשיתוף בין בני הלוקחים לא אזלינן בתר הכתי' של הפנקס הבאקוף אלא בתר דעת הקונה בשעת דמי קניה וכמו דפשיט ליה כן להרב מהרימ"ט דהא דבכתיבת שטר המקנה לא נכתב אלא לר' דכך פירש לו ר' עכ"ז הלה זכית ש' מאחר דלדעת הנותן דמי המקנה לזכות לו ולחבירו ודמי המגביה מציא' לחברו

והגם דיש לדקדק בדברי מהרימ"ט ז"ל דמה דמות יערוך לדינא דמציאה דהתם דהוי הפקר וליכא בעליה מש"ה אזלינן בתר המגביה דהוי קיימינה לא כן בדבר דאיכא בעלים ולא עלה ע"ד להקנות לשום גברא אחריתי וכמפורש בכתיבת הבאקוף מנ"ל דאזלינן אף בכה"ג בתר דעת הקונה

איך שיהיה כבר אסברא לן מהרימ"ט דכל דלא חב ליה לגוי ואין כאן גריעת זכותו דינינן ביה דין מגביה מציאה . וכ"ת דאין ראיה מהכו' מהרימ"ט, לנ"ד דהתם היינו טעמ' דאזלינן בתר הקונה ולא בתר מאי דכתוב בפנקס משום דאין בכתי' מפורש לראובן ולא לשמעון לא כן בגוונא דנ"ד דמפורש בכתיבת הפנקס דזכיתם של הלוקחים יהיה בכל גריוא וגריוא חצי לזה וחצי לזה מנ"ל דאף בכה"ג אזלינן בתר דעת הקונה . הא לא מכרעא דכו"ם מה יתן ומה יוסי' כתיבה מאחר דבנדון הרב מהרימ"ט היך זכה לש' הא אין כאן דעת מקנה ולא דמי למזכה דבני מערבא דלא קי"ל הכי אלא זכה בעל המעות דהתם במוכר סתם אמרי' דאיכא דעת דמסתמא למי שהמעות שלו מקנה אבל הכא לא וכמ"ש כל זה מהרימ"ט אלא משמע דאזלי' בתר דעת הלוקח בשעת נתינת דמי מקנתו ומאחר דלא חב ליה לגוי ואין גריעת זכותו ומה שלא עלה על דעתו דעת עליון של הרב מהרימ"ט לבא בטענה משוג' דפ' הזהב הנ"ל דהנהו תרי דהוו מהדרי אמר דאמרו פת גוי מכי מטי זוזי לידי איסתלק כו' ונעשה הפקר ושפיר זוכה ר' לו ולחבירו ש' מן ההפקר היינו טעמא משום דבעי קניה אחריתי בנחי נתינת דמי המקח דיזכה בקנין חזקה לא כן נדון הרב דבנתינת דמי המקנה זכה ר' ומזכה ההיו עמו ומינה לנ"ד דהנותן דמי המקנה הוא ראובן עצמו בעל המעות דלעצמו קא מכוין לקנות חלקו המיוחד כנגד חנותו בין בק"ף מקביל כנגד החנות שלו ובין באויר שע"ג החנות שלו ולא משגחינן בדעתו של הגוי בעל המולק'י דפירש דבריו בכתי' הפנקס הבאקוף דמקנה לב' הלוקחים ר"וש שניהם כאחד בכל גריוא וגריוא דהרעא חצי לזה וחצי לזה מאחר דלא גריעא ליה זכותיה ולא חב ליה וכמו דאסברא לן הכי הרב מהרימ"ט וזהו לאחי טעמא בתרא דכתי' דמדינתינ' דמים זכה ר' בחלקו המיוחד כנגד חנותו

דאמנם לטעמא קמא דכתי' דמדין הפקר נגעו בה דהגוי בעל המולק"י מכי שקיל זוזי נסתלק וכשוג' דפ' הזהב הנ"ל יש לעיין בה דהא בעי' קנין חזקה נעל ג"ופ כדי לזכות מן ההפקר והא ר' לא עשה מעשה מחדש כדי לקנות אלא נעילת חנותו ופותחה לפי דרכו הרגיל בכל יום וכבר הסברא לן הרדב"ז בישנות סי' קכ"ב שכת' וז"ל הילכך מסתברא לי בנ"ד דאפי' אמר לו המוכר לך חזק וקני והלך זה ולא חידש דבר אלא נעל ביתו כדרכו בסתם לא קנה שהרי לא עשה שום דבר שינוי' על קנין החזקה יע"ש

ואיברא דהרב מח"א ה' שכירות סימן י"ג חלק עליו והביא דברי הריטב"א שכתב בפ' הז"ן דש"ו והביא דבריו הרב בא"ו שם לדק"ו ע"ב דפי' הסוגיא באתרא דמסלקי ואמר לא משתלקנא דהגם דכבר ירד בשדה ובשעה שאמר לא משתלקנא כבר נגמר כסף קנייתו מ"מ כיון שהוא דר בשדה ומחזיק בה בכל שעה הו"ל כאילו אמר לך חזוק וקרקע נקנה בחזקה עכ"ל . וכשאני לעצמי ליכא סברא בדינו של הרדב"ז מחורתו של הריטב"א דהרדב"ז יפרש האי לישנא של הריטב"א שכת' ומחזיק בה כל שעה וקרק' נקנה בחזק' הכונה לו' דמאחר דהקרק' איהו ניהו תחת ידו קונה אותו בחזק' דמפרש באותה שעה דמחזיק בה לשם קנין ובזה מודה גם הרדב"ז דהיכא דקא מפרש בעידן דנעל ג"ופ דלשם קנין קא מכוין שפיר דמי ולא קאמר הרדב"ז דלא מהני אלא דוק' היכ' דהוא בשתשולק ז' בהדיא אלא נעל ג"ופ כדרכו בסתם כו' ונועל את ביתו מפני הגנבים ולפתוח ולצאת ולבא ואין כאן מעשה הניכר דלקנות הוא עושה עד שיגלה דעתו כו' ומינה דאם אמר בפי' הריני נועל את הפתח כדי לקנו' בחזקה קנה וכמ"ש שם הרדב"ז בראשית מאמר בהדיא יע"ש

דאמנם מאי דרימז הרב מח"א שם דברי התוס' דפ"ב דבכורו' די"ט ע"ב ד"ה הקנוי שכתבו דכמה פעמים הרועה פותח ונועל כו' וברשות בעל החצר מחזיק יע"ש . הרי דפשיטא להו להתוס' דאף דאין הרועה מכוין לקנות בהאי נעילה דכדרכו הוא פותח ונועל בכל יומא ויומא דלת החצר עכ"ז מהני גם רימזו לן עוד הרב מח"א דברי התוס' דפ"ק דמציאה דט"ז ע"א ד"ה הא כו' דהקשו דמאי פריך תימודא במאי קני הלוקח הרי החזיק בו אחר שקנאה הגזלן יע"ש הרי דפשיט להו להתוס' דהגם דלא ידע הלוקח דמה שקנה הוא גזול ולא ידע דנימא דקא מכוין לקנות במה שנועל ופותח פתח ביתו כדרכו עכ"ז מהני וזה הוי הפך ש' הרדב"ז וגם הריטב"א שם לדנ"ו הביא דבריו הרר בא"ו

בח"ז שם פ"ק לדנ"ו ע"א וז"ל אבל במאמינו כו' וקשיא לי כו' לוקח במאי קני ליה וי"ל דכיון דהלוקח עומד בתוכה ונועל וגו"פ ומתקן בה הרי הוא קונה אותו בחזקה עכ"ל יע"ש הרי מפורש יוצא מהאי לישנא של הריטב"א לכאורה דאף דהנעילה אינה אלא בסתמא וכדרכו בכל יומא ויומא מהני דהא לא ידע כדי שיכוין לזכות

דהנה כלום ראיתי להר' מהרימ"ט בתשו' ח"מ סימן פ"ב דהשיב על ראובן שאמרה לו אמו שידור בבתים בלתי קנין כתב וז"ל נהי דאם היתה באה להוור לומר שלא ידור בבתים היתה חוזרת כו' דמה שהיה דר בביתו ונועל ופותח ובונה וסותר לא מקרי חזקה דלאו אדעתא דקנין עבד דבלא"ה היה דר מתחי' בבית כו' יע"ש . הנה פשיט ליה למהרימ"ט דלא מהניא הנעילה והפתיחה שפותח ונועל ביתו בחפירו בכל יום לזכות כל כמה דלאו אדעתא דקנין עבד וכש' הרדב"ו

ואיברא דמלישנא דהרא"ש פ' הזורק דע"ו ע"ב גבי תיזיל ותיחוד ותפתח כו' שכתב וז"ל א"נ בנעילה לחודיה לא מוכחא שיהא לשם קנין אלא כמו שהיתה רגילה בכל פעם לסגור בתים של נעלה כדי שיהא שמור מה שבתוכו אבל כיון שהיא פותח מיד אחר הנעילה ניכר שהנעילה היתה לצורך קנין עכ"ל הנה משמעות דברי הרא"ש ז"ל מוכיחין כש' הרדב"ו ומהרימ"ט דבעינן נעילה לשם קניה דוקא אבל בסתמא כדרכו דנועל ופותח כדרך יום יום כו' לא מהני ופליג אסברת התוס' והריטב"א דרימוס הר' מה"א ומרן הב"י סי' קל"ב סע"ג כתב וז"ל ומדברי הרא"ש כו' יש ללמוד דהקונה בית שהוא דר בתוכה לא קני עד שינעול ויפתח מיד אחר הנעילה שאם אינו פותח מיד אחר הנעילה לא מוכחא מילתא דמחזיק לשם קנין אלא שהוא נועל הדלת כדי לשמור מה שבתוך הבית אבל כשחוזר ופותח מיד אחר הנעילה ניכר הדבר שהנעילה היתה לצורך קנין עכ"ל הרי דאסברא לן מרן ב"י דלא מהני קנין נעינת הפתח אם לא היכא דאיכא הוכחה דלשם קנין הדבר המכור לו עביד

גם מדברי הרסב"א בחי' שם פ' הזורק הכ' וז"ל וה"ת ל"ל תיחוד ותפתח ליקני לה מקומו בסודר כו' י"ל כל שאפשר למעט בקניינים ממעטינן דכי אחדא ופתחא לא מהוי אלא כנועל ביתו כבומרו עכ"ל ומבואר בהר"ן שם שכתב וז"ל דכמה דאפשר נתקוני מתקינן ובתיחוד ותפתח לא יהא נראה כמקנה שהרי דרך הוא לפתוח ולסגור ביתו ולא היו יודעין הרואין שהיה כדי להקנות יע"ש ולפום ריהטא משמע דס"ל להר"ן והרסב"א דלא מהני נעילת הפתח כדרכו בכל יום בלתי כונת קניה

וראיתי להרב לח"ר סי' קנ"ב דכתב וז"ל ועו' אני אומר דאפשר דבנ"ד אפי' שהחזי' בכניה לא מהני כיון דמעיקרא היה דר בה בתורת שכירות לא מוכחא מילתא דעביד אדעתא למיקני בפומא כשלא היה בבית מתחילה ועשה מעשה שלא עשה עד עתה ודאי דאדעתא למיקנא עביד אבל עד עתה היה דר בה בתורת שכירות לא מוכחא מילתא דבתורת קנית עושה אותו דדילמא בתורת שכירות עביד ליה עכ"ל והרואה יראה דמלבד דכבר אסברא לן מרן ב"י דשוכר שקנה בית הדר עד עתה דקנה היכא דעביד מעשה דנועל ופותח אדעתא למיקני הנה כבר כתבתי דברי הרסב"א והר"ן דכתבו בהדיא בעובדא דש"מ דקנתה מקום הגט ע"י נעילה ופתיחה ולא בקניינים אחרים דלא יהא נראה כמקנה דלא היו יודעין הרואין שהיה כדי להקנות אלא כמו שהיתה רגילה לסגור בתים של בעלה כשמור מה שבתוכו וכמ"ש הרא"ש אהאי לישנא יע"ש הרי דמכאן למדנו קנין נעילת ופתיחת הדלת דמהני בעלמא הגם דהאשה היתה דרה בבית עם בעלה דלעולם כל היכא דמכוין לקנות בהאי נעילה הגם דהוא שוכר בבית לא מגרעא כחו והרי עדיפא מזה אסברא לן הר' מה"א דמדברי בעלי התוס' דפ"ק דמציאה ופ"ב דבכורות מוכיחין דהגם דלא מכוני הדרים בה מאז ומקדש לקנות בהאי נעילה ש"ל

והיה אפשר לנלד ולומר דלא תקשה להרב לח"ר ממ"ש הרסב"א והר"ן והרא"ש דפשיטא להו דמהני הגם דהאשה כבר היתה דרה עם בעלה ולא מוכחא מילתא דאדעתא למיקני הבוא דזכתא עבדה דאפשר דע"כ לא אמרה הרב לח"ר האי סברא אלא דוקא היכא דלא אמר המוכ' לך חזק וקני אלא דבפניו נעל ופתח או איכא למי' מאחר דכבר היה דר בבית השוכר לא מוכח' מילת' דאדעת' דקניה עביד ברם היכא דא"ל המוכר לשוכר לך חזק וקנה והלך ונעל ופתח אזי מודה ובא הרב לח"ר דמוכחא מילת' דאדעת' דקניה עביד ובכה"ג מוקמי' האי עובדא דש"מ דפ' הזורק דכתבו הרא"ש והר"ן והרסב"א דמהני משום דאמרה לה בעלה לך חז"וק והרואין לו שמעו האי דיבורא דבעל' בשפתיו הם מ וכן ראיתי להרב מהר"א שפוקרמוו הרב כנ"הג שם סי' קל"ב בהגב"י דנסתפק בזה וז"ל עו' נסתפקתי כו' דבחזקה לפניו שני אפי' דלא א"ל לך חז"וק אי דוקא אמרי' הכי למי שלא היה דר בקרקע אבל למי שהיה דר בקרקע בשכירות אי מהני החזק' לפניו של המוכר הגם שלא אמר ליה לך חז"וק דהסבר' נותנת שלא יועיל לפי שיאמר המוכר לא תהיתי לפי שכן דרך השוכרים והדבר תאופק אכלי ובעת כ"ע עכ"ל

הנה אסברא לן הרב ז"ל דהגם דשוכבדיניישו אמירת המוכר ללוקח לך חז"וק לחוקה בפניו הגם דלא א"ל ולא מידי היינו דוקא בלוקח בעלמא דלא היה דר בה הזמנם היכא דכבר היה דר הלוקח בתורת שכירות מאז ומקדש אי ביעא בשפתיו המוכר וא"ל לך חז"וק מהני קנין החזקה אבל אי לא א"ל לך חוז"ק ובא השוכר ונעל וג"ופ אפשר דלא מהני מאחר דלא מוכח' מילת' דאדעת' דקניה עביד לפי שכן דרך השוכרים

באופן דמאי דנסתפק מהר"א שפון לידל ג"כ הרב לח"ר ולא החליט הרב אלא דבלשון אפשר אמרה אי מהני ועי' להר' מש"ל ה' מכירה דין ח' דעשאו פלוגתא בין מהרא"ש ובין הר'

הרב לה"ר יעו"ש , וראיתי למהר"א ששון בסו' סי' מ"ב דס"ה צ"ל שכתב וז"ל עוד אני מסתפק בענין אחר דיש לזכות את המקבל מתנה שנתנה לו אחו הבתים כו' דכיון דחזינן דהכא ליכא שום ריעות' רק הקנין א"כ שמא כיון דזה היה דר בבתים לא היה צריך שום קנין ועוד שמא אם יאמר הן עשיתי קנין מחדש מהני והגם דהאמת לא אמרה לו לך חו"וק כפי' ושמא כיון שנתנה במתנת ש"מ לא צריכא למימר ואני מסופק יעו"ש וריהטא מומשמעות הני תרי ספיקי הוא דספקא קמא הוא דהמוכר או הנותן למי שהיה דר באותו דבר המכור לו או הנותן לו לא בעי קנין מחדש , ולכאורה תקשה ליה במאי קני לה והיך נתרוקן זכותו של המוכר או הנותן דאם אמרו בהם דלא לייתינן להו אלא לקרב הדבר לסברה ולדעת דמאי דנועל ופותח כדרכו בכל יומא ויומא לשמור ביתו שאני וכש' התוס' והריטב"א ז"ל דמציעא כנז"ל דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה מהני וכמ"ש הרב מה"א ולא בעינן שיאמר לו לך חז"וק וזהו הפשר לצדד ספיקו של הרב אלא דהרואה ירי' דזה הפך מן הקלה אל הקנה ממאי דנסתפק בשימן ר"ו כנז"ל דהדרבה מגרעות נתן והורע כחו של שוכר הדר בו מאו ומקדם הבא לקנות דלא מהני קנין נעל כו' דלא מוכחא מילתא מאהר דהוא דר בה ואף דמכוין לקנות בהאי חזקה אם לא דמפרש בהדיא לךחז"וק כו' ונספיקא בתרא הוא דלעולם במאי דנועל ופותח כדרכו לא מהני וכש' הרשב"א והרא"ש והר"ן ומרן ב"י והרדב"ז והרב מהרימ"ט אלא דאיכא לאיסתפוקי בתרי במה כן ואולי , אם אמור יאמר השוכר כבר עשיתי קנין מחדש מהני ופן ואולי נמי דהגם דבעינן דיאמר לך חז"וק שמא במתנת ש"מ לא בעינן שיאמר לך חז"וק וא"כ בעלמא אה"נ דבעי' שיאמר לך כו' והיכא דהיכא אמירה לך כו' הם עשה קנין הוק' הגם דהיה דר בבית מאז ומקדם מהני והאי ספיק' בתר' אינו סותר ממאי דנסתפק בסימן ר"ו וכמובן

העולה מזה שכתבנו דגרי' דבמקנה לשוכר הדר בבית בקנין דנעל ופרץ לדעת התוס' בשני מקומות הנז"ל והריטב"א פ"ק דמציעא ס"ל דהגם דלא מכוין במאי דנועל ופותח אלא דנועל ביתו לשמור את ביתו קנה השוכר ולפי דעת הרה"ה והר"ן ומרן ב"י והרדב"ז ומהרימ"ט והר' קחבי"ב שם סי' קל"ב הנ"הט אות ב' כולהו ס"ל דלא קנה והגם דהיכא דעת אחרת מקנה מאחר דלא מכוין לקנות ומעתה נהוש הנן בנ"ד דהגוי נסתלק מכי מטא זוזי לידיה ומדין הפקר אתינן עלה וראו' נועל ופותח הנותו כדרכו לשמור ממונו בהא אין פלוגתא לכאורה דלכ"ע לא מהני דהא אין כאן דעת אחרת מקנה והו"ל כדין נכסי הגר דאמרו ביבמות דנ"ן ע"ב גבי פשיטות שאוה כעודר בנכסי הגר וכסבור שהם שלו דלא קני משום דלא קא מכוין למיקני יעו"ש וכסקוה הפוס' עיין הרמב"ם כ"ב מה' זכיה והטור ומרן נכ"ע הירע"א וע"ש בדברי הראשונים ז"ל בסוג' דכהנו דבמדי דהפקר לא זכי מ אחר דלא מכוין לקנו' וליכא דעת אחרת יעו"ש ויעויין להרשב"א בחי' לגטין לדב"א ריש ע"א דאמרו זקן שאני דידע לאקנויי שכ' וז"ל וקשיא לי אפי' כי מקנה להו זקן מאי הוי הרי הלווין לא ידעו הם דעתו של רבא דאמר זקן שאני וא"כ היאךקונין ואינהו לא ידעי דהזקן מקנה להו ומ"ש מההי' דהעודר בנכסי הגר דלא קנה וי"ל דשאני היכא דאיכא דעת אחרת מקנה יעו"ש ,

ועל פי זה יש לציין בתשו' הרשב"ש סי' פר"ח דנ"ה ע"ג ד"ה והשני שכתב דהאי בית דירה שנתנה לו המותה' לא קני לה החתן כו' ואפי' אם אה"ך גדר ובנה אינה חזקה שיוכה בו הבית דבנין זה אם נעשה אחר בנכואין אינו כלום לפי שהוא לא עשאו כבונה לקנות בו שכיון שהיה חושב שהיה שלו ושלא היה צרי' הוא לחזק' לקנו' וכל הזקה שנעשי' שלא בכונת קנין אינה חזקה ואינה קונה וכדאמרי' ביבמות העודר בנכסי הגר לא קנה יעו"ש והרואה ירי' דמה דמות יערוך לנ"ד דאיכא דעת אחרת מקנה דהגם דלא נתכוון החתן לקנו' מהני דלא בעי' כונה לקנות וכעובדא דזקן וכמו דהסריש לן הכי הרשב"א וכנז"ל ובהך ס' הרשב"א קים ליה הכי להרמ"ה בהי' לבתרא פ' חזקת הבתים דרב ענן שכ' וז"ל ואע"ג דרב ענן הזוכה לא ידע אי מאריה דארע' ידע מהני מדקאמר כו' ואע"ג דקי"ל העודר בנכסי הגר כו' לא קנה דעת אחרת מקנה שאני יעו"ש והכי מדוקדק לשונו' המאירי שכתב בחי' ליבמות שם וז"ל וכן הדין בכל הזוכה מן ההפקר שאינו זוכה אלא בזמן שנתכוון לזכות יעו"ש משמע דאי איכא דעת אחר' מקנה אע"ג דלא נתכוון לזכות מהני והיברא דראיתי להריטב"א שם בחי' דבלשון אפשר אמרה שכתב וז"ל לא קני בנכסי הפקר דליכא דעת אחרת מקנה דאע"ג דלא נתכוון לקנות אפשר שהוא קונה בחזקתו וכדפרישית כו' עכ"ל גם הרשב"א בחי' לפ' חזקת ה"ד הרב בא"ו שם כתב וז"ל יש מקשים כו' הזקת רב ענן שלא מדעתו היה דכסבור ר"ע דבשלו היה בונה וכאותה שאמרו העודר בנכסי הגר ותי' הרא"ב"ד דשאני הכא דאיכ' דעת אחרת מקנה ומסתבר' דלאחר שבנה ונודע לו לר"ע החזיק בו ר"ע קודם שמיחה חבירו והלכך אילו היה מכיר כו' הרשב"א עכ"ל

ולפום ריהטא' מהאי לישנ' של הרשב"א ז"ל מוכיח מתוכו דלא נחה דעתו של הרשב"א בתרוצו של הראב"ד בישוב הסוגיא ומטעמ' דדעת אחרת כו' אלא לי"ש הפקר לי"ש היכ' דאיכ' דעת אחרת מקנה כל שהקונה לא נתכוון לקנו' כסבור שהם שלו לא קנה ועובד' דר"ע שאני דלפי האמת החזיק בקרקע כתחז"ל ע"מ לזכות קודם שמיחה בו חבירו כו' וא"כ נמצא דמלבד דהריטב"א לא פסיק' ליה האי דינ' והראיה דבלשון אפשר אמרה גם הרשב"א לא ברירא לן מאי דעתו דעת עליון לפו"ד אי אזלי' בתר כתבו שבביר בחי' לגטין וכנז"ל דלא בעינן דעת קונה כל היכא דאיכ' דא"מ או אזלינן בתר הכתב והמכתב מאי דאסבר' לן בחי' לבתר' וכנז"ל

(אמנה) מהכ' משמע דלא ברירא ליה לפי' המחבר מאי דעתו של הרשב"א דיש פני' לכאן ולכאן ואמנה רבינו המחבר לעיל סי' מ"ג כ' וז"ל

וז"ל הרשב"א הגם דהתם גבי עובד' דרב ענן תירץ באנפא אחריתי לא תידוק מינה דפליג בהא דהא כתב בחי' לגיטין לדכ"ע והביא דבריו הרב מח"א דייד ע"ד ודיי"ו ע"ג דכל דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן דעת קונה כו' יע"ש מפשטן של דברים הללו משמע דפסיט ליה לרבי' המחבר דלדעתו של הרשב"א הוא כמו דאסברא לן בגטין ומלדבריו לפרק הזקת לא תידוק) גם הרב רבינו יונה ה"ד הר' שלטי הגבורים פ' חזקת דקע"א ע"א קאי בשיטת הראב"ד והרמ"ה והרב המאירי גם הרב הנמקי"י שם הביא סברת הראב"ד ז"ל הלזו בשתם משמע דהכי ס"ל ולכן פסקו הטור ומרן בש"ע סו"סי קמ"ב ס' ר' יונה ז"ל גם מתשו' הרשב"א ח"ב סימן מ"א שכתב וז"ל ודומה לו כו' ההיא דרב ענן כו' אלמא אע"פ שלא מכר ולא נתן בפי' כו' אילו היה יודע ומכיר לבחוך שלו היה בונה וכה ר"ע יע"ש הנה מתשו' הלזו מתברר דקי"ל להרשב"א אילו היה יודע ומכיר בעל הקרקע כו' היה זוכה הגם דלא חזר והחזיק חזקה מעליא מהדש דאם תאמר דהרשב"א בתשו' זו קאי דדוקא הדר רב ענן והחזיק חזקה כדינא הא לא"ה לא מהני הגם דאיכא דעת אחרת ודלא כש'הראב"ד וסיעתיה א"כ במה כחו של הרשב"א לבא בטענה ולבטל מה שהוק' לכת החולקים באמרם במה נסתלק זה מחלקו כו' ובמה קנה יהודה אחר הסילוק דהלא אין קרקע נקנה כו' ע"כ לנהי דתיקן הרשב"א לקו' דסילוק והפקר לא בעי קנין ובאמירה בעלמא אז בהוכחת הדבר כגון פרצ את פלימיו שגי דהרי מעשיו מוכחין דהפקיר להם לבני המבוי וכותו מ"מ במה קונה יהודה דהרי הקרקע בעי קנין אחר הסילוק ולא בא בשאלה דיהודה החזיק חזקה לשם קנין מה תהני' הרי ר' דבזה בעלים הראשונים נשתמש במבוי וטענינן דהחזיק במבוי חזקה אלימתא לשם קנין בשעה דפרץ שמעון את פלימיו הרי ש' נמי נשתמש במבוי כבתחילה שנים רבות בכל הדברים שרגילים בני המדינה להשתמש במבואות ונטעון נמי ללוי דהחזי' ש' חזקה אלימתא לשם קנין בפני ר' אלא משמעות הענין שבא בשאלה הוא דלא היו בין ר' ובין שמעון בשימושיהם במבוי שום חזקה לשם קנין אלא שימוש בלבד כמו שמשתמשים השכנים במבואותיהם דלאו לשם קנין קא מכווני וא"כ הדרא תביעתם של כת החולקים במה קנה יהודה כו' אלא אי אמרינן דבתשו' הלזו פסיטא ליה להרשב"א דבדעת אחרת כו' לא בעי הקונה קנין מחדש וכסברת הראב"ד וסי' תש"ה לא נחית הרשב"א בתשובה הלזו להשיב לשואלו דבר לכת החולקים במה חזקה קנה יהודה דבעו חזקה מחדש לשם קנין דלזה כבר השיב להם דכבר קנו בחזק' דהיינו השימוש דנשתמש ראובן כשאר השכני' המשתת' במבאותיהם ומ"ש הרשב"א וכשפרץ את פלימיו הרי הפקיר חלקו אלל ראובן וכשהחזיק בו ר' קנה בחזקה זו עכ"ל הכונה הוא ע"ד שכתבנו ועל פי"ז באו דברי הרשב"א דמיונו שכתב ודומה לו עובדא דרב ענן כו' יע"ש לא מלא הרשב"א לחלק מהתם להכא אלא דרב ענן היה גודר ע"ד שיהא שלו כו' ולא חילק שום דחיה אחריתי וכאמור

ואיברא דלכפי מאי דאסברא לן הרמ"ה שם בחי' פ"ק דבתרא סימן קמ"ו ד"ל ע"א ל"ה המתחיל וכי כו' וז"ל וכי תימא מ"ש דלענין מקנה דרך בחצר לא מהניא מחילה דפתיחת הפתח אפי' למקנה דרך וכ"ש ד"א ומ"ש לענין סילוק דכי פרץ את פלימיו מסתלק הא' לענין קניה ברשות אחריני אזי בעינן הקנאה גמורה אבל גבי סילוק מרשותה דנפשיה כיון דפרץ את פלימיו אין לך סילוק גדול מזה ובני החצר כי קא זכו ממילי' קא זכו עכ"ל נמצא דלפי דעתו דעת עליון הרמ"ה בכה"ג לא בעינן קנין דתכף ומיד הלה על בני המבוי זכית המקום דממילא קא זכו דהכי משמע מהאי לישנא שכתב דבני החצר ממילא קא זכו וכפי זה אודא להו קושיא של כת החולקים במה קנה יהודה אחר הסילוק דהא אין קרקע כו' וכפי מ"ש הרמ"ה בכה"ג לא בעינן קנין דתכף ומיד הלה על בני המבוי זכית המקום דממילא קז זכו

אלא דלהרשב"א משמע דפליגי עליהדהרמ"ה בהדא ומודה ליה בחד'דכפי דעת הרשב"א משמע דאף דהוי סילוק מ"מ קנין כל דהוא בעי' דהיינו שימוש במבוי כדרך המשתמשים בני המבוי וכ"מ דאם בזוחה שעה דפר' את פלימיו לא קדמו בני המבוי שימוש'בחצר אלא קדם הוא ונשתמש במבוי לא אבל זכותו וכן ראיתי להרב בא"ו שם פ"ק דבתרא דהביא משם הרשב"א דהכי הוי משמעות הלשונוז"ל דכיון דפר' את פלימיו הרי זה כמפקירו וכל שהחזי' בו בני המבוי בפירוק משאם או בהילוכם קנו כקונה מן ההפקר ומיהו מסתברא בשקדמו הם זוכו הא לא"ה אע"פ דפר' את פלימיו פותח ואינו נמנע דהרי קדם הוא וכה עכ"ל

הנה מתברר כמו שכתבתי דלדעת הרשב"א קנין כל דהוא בעי אשר מה"ט אם לא קדמו בני המבוי וקדם הוא לא זכו בני המבוי ולשיט' הרמ"ה דממיל' זכו בני המבוי דבמקום האחרון מפריצת את פלימיו דלכבר הלה זכייתםשל בני המבוי ממילא א"כ מנקשויא מה שנשתמש אחרי הסילוק והו הנר' דפליג הרשב"א עם הרמ"ה בהאי דינא,הזמנם מודה ליה הרשב"א להרמ"ה דלא בעי קנין חזקה מעליא כשאר הקנאו' דעלמא וכמו שהוא דעת כת החולקים דס"ל דלא סגי בפירוק משאם ובשימושם במבוי כדרך כל השכנים במבוי אלא ס"ל להרשב"א דבשימוש וזכה גם ראיתי להרב כנ"הג שם סי' קמ"ב הג"הטע אות ט' דכתב משם הרב מורה לדק דהריטב"א קאי בשיטת ר' יונה וכתב עוד הכנ"הג דנ"ל דמת' הרשב"א שהביא מרן ב"י דס"ל הכי יע"ש וכיון דכן הורנו לדקדק על התשו' הרשב"ם וכנ"ל דע"מ וע"מ לא זיכה להאן ע"י דבנה וגדר ופרץ תכף אחר הנשואין הגם דלא כיון לקנות מאחר דכבר היתה לדעת אחר' כו' דהיינו חמותה לכתו דגמרה בלעתה להקנות לו כלי כסף וכלי זהב ובגדים בנדונייתה גם חצי הבית בכלל היתה ומה דמות יערוך להאיא דעודר בנכסי הגר וכמו שעמדתי לעיל ואם תרצה לדחות ולו'דלעולם הרשב"ם ל"פ ע"ד הראשוני'הנו"ל דהיכא דאיכא דע' אחרת מקנה הגם דלא מכוין הזוכה לקנות סגי בדעת אחרת ומה שלימה הרב נ"ל לדינא דהפקר היינו
מתו'

משום דקי"ל להר' ז"ל דהמוחזק לא כיוונה להקנות לו לאחנו כדרך המקנים לקונים דנמצא דליכא דעת אחרת מקנה והוה ליה כדינא דהפקר דכל היכא דלא מכוין הזוכה נקנייתו לא זכי הרואה יר' דהא מנן פויא דאי הרשב"ש קים ליה הכי דהמוחזק לא עלתה בכונה להקנות א"כ מאי קא סקיל וטרי הרב ז"ל כיון דהחזן לא כיון להקנות דדמי לדינא דהפקר והא לא דמי לדינא דהפקר כעזכלא כו'

דהכא שאני דאיכא נעלים דהגם דכיון הזוכה לקנות לא מהניא מאהר דהבעלים עצמם לא כיוונו להקנות וכותם לאחרים דהפקר שאני דליכא בעלים והגי בכונת הזוכה בלבד מאחר דליכא בעלים לא כן הכא דאיכא בעלים ואפשר דנדון הרשב"ש ז"ל היה היה דכבר נכנס החזן והיה דר בבית קודם בננה וגדר בבית וא"כ באנו למ"ש לעיל משם הרשב"א עצמו ומרן והרא"ש והרדב"ז ומהרימ"ע ז"ל דכתב דלא אמרינן כל כה"ג דמהני מאי דנועל ופותח וגודר ובונה וכמ"ש לעיל כל זה

איך שיהיה הלן בעומקה של הלכה הלזו בלבבו יבין דהיא ארוכה מאד"ש בבני ספרי דבי רב דהם האריכו למעניתם וכבר ראיתי למהר"ם הלוי ז"ל איש ירושלים הובאו דבריו בס' חק"ל ח"מ ה"א סי' ק"ד דקמ"ב ע"ד וגם רעהו גדו' שבדורינו המאור הגדול הרב הק"ל ז"ל שם סימן ק"ה דקמ"ו ע"ד העמיק הרחיב במקלוע הלז ורימז אבו' הגאון הרשב"ש ז"ל יע"ש ואחרוה כמאונך

ומעתה הגם שלידדנו לעיל דבנ"ד דהבעל המולק' הוא גוי ומכי אתו ווי לידיה נסתלק ורחזנן זכה מן ההפקר מ"מ כל דלא כיון רחזנן לזכות ע"י מעשה אדם לצורך קני' הזקה הלימתא לא מהני ובנ"ד הלא רחזנן לא כיון לזכות ולקנות ע"י נעילת ופתיחת הנותו לשם קנייה אלא כדרכו בכל יום ויום וכדרך כל בעלי החנויות ובעלי בתים דסוגרים ופותחים שלא לשם קנין והכיה אנא נסמוך מזונם ואם היה בנ"ד דרחזנן כיון לקנות בנועל ופותח רגותו לשם קנייה וזכיה הוה הזנינן בתר דעתיה ואף דדעתו של הגוי בעל המולק' היא היכך דעת רחזנן במאי דכיון לזכות לא הוה אזלינן בתר דעתו של הגוי וכמו דאסברא לן הר' מהרימ"ע הגם דנפנקס הבהק"ק מסייע לשמעון כנז"ל האמנם הא בריר לן דבנ"ד רחזנן לא כיון לזכות וא"כ ה"ל כההיא דעודר בנכסי הגר דהוי הפקר דבעינן דעת קונה

אמנם מאחר דבנ"ד רחזנן בא בטענת בריא באומרו דכל קניינו בשעת מתן דמי' להגוי בעל המולק' לא כיון לזכות אלא לו לבדו דוקא בכתי שותפות מעורב עם שמעון וא"כ דל מהכא קנין חזקה דנעל גו"פ דלא היינא בנ"ד מ"מ קנין כסף איכא וא"כ באנו לטעמא קמא דכתיבנא לעיל דאסברא לן הרב מהרימ"ע דלא מהגאינן בדע' הגוי המקנה מאחר דלא אב ליה לגוי אנא אזלינן בתר הקונה דהוא הנותן כסף המקנה והא קא טעין דלבנאתו וטובתו נתכון וכ"ש דהו"ע מסיעתו דהתימי עליה תרי סהדי דמעידין ומגידין ככל טענותיו של רחזנן והגם דכבר ידוע מהלוקתן של הראשונים דלא אמרו עדים החתומי' כו' אלא בשטר דוקא אבל היכא דאין שטר לפנינו אלא ז"ע איכא כת שזכרי' דאמרינן מפיהם ולא מפי כתבם וצריכין העדים להעיד עדותן בפני ב"ד ובפני הבעלי דבר ואם מת אחד מן העדים וליכא אלא עד אחד וא"כ בנ"ד מאחר דכבר מת הא' מהם הגם דכבר נתקיים חתימתו לא מהני לדעת הסוברים דדוקא בשטר גמור אמרינן עדים החתומים כו' אבל בז"ע לא אמרינן ובשלמא לכא הפוס' דס"ל דל"ש שטר גמור ול"ש ז"ע חד דינ' אית להו הפיר איכא למימר דזוכה רחזנן מהכ' דאיכ' תרי סהדי דמסייע לטענתו ומהכשי ליה לשמעון והגם דמייתי שמעונאחד שהדא דמסהיד דנשע' המקח קנו בשיתו' ונאמר דבעירוב קנו ובכל גריוא וגריוא הכי לוה ואכיו לזה הא קי"ל דאין דבריו של אחד במקום שנים האמנם לדעת ר' שמחה זר' אביגדור הכהן הובאו דב"יהם בהגהות מרדכי ס"פ הזומר דקדושין סימן תק"ע הביא דבריו הרב פ"ת ח"ב סי' א' ד' נ' ע"ב ז"ל ובפרט לדעת ר' שמחה דהביא המרדכי כי שפתיו ברור מללו דעידי שטר ראית קדושין דלא הוי עדות ומפי כתבם אקרי דלא אמרו עדים החתומים כו' אלא בשטרי קנין כו' עכ"ל ודעתם של ר"י וריב"א הובאו סברתם בהגהות מרדכי פ"ב מיבמות דכתבו דלא אמרו עדים החתומים אלא דוקא בשטר דנעשה כתיבת השטר מדעת שניהם מדעת התובע והנתבע אבל שטר דהעדים כותבים והותמים שלא מדעת שניהם אז אין תורת שטר עליו ודיינינן ביה מפיהם ולא מפי כתבם עכ"ל והביא דבריהם הרב מהר"ש היון ז"ל בתשו' סימן א' דיו"ד ע"ד וכבר אספוקנן מערכה מול מערכה יע"ש

וראיתי להרשב"א בתשו' סימן תקנ"ב דנשא' על זכרון עדות ופנקס דמביאים השומרי היין גוים לענין התאיתות כו' והשיב וז"ל דסוגין בכוליה תלמודא דקיום שטרות דרבנן והאריך הר' בכל הסוגיאו' השייכות להאי מימרא הנה מחבר' דהר' קאי בשיטתם של הסוברים דל"ש שטר ול"ש ז"ע בכולהו אמרינן עדים החתומים כו' ובחדא מהתא מאיתנהו הרשב"א זיעויין להרב מחנה יהודה בתשו' סימן קט"ו דעמד במקצוע הלז יע"ש

באופן דלפי סברא הלזו דבז"ע לא אמרו האי דינא דר"ל א"כ בנ"ד ליכא אלא חד לגבי חד דזיכא למימר לכאורה אוקי חד לגבי חד ואוקי ק-קע הלוז דהוא פנוי אחוקתייהו דשניהם גם יהא הוו משתמשים בגזיה זה בא נכלו וזה בא בהביתו דשניהם החזיקו בקרקע של גוי המוכר לשם מקודם ונמצא דיד שמעון זוכה נמי לאישתמושי בכל הק-קע הפנוי גם בחלקו שכנגד חנותו של רחזנן

ברם צריך את למידע אם באת לידי מידה זו לגרועי כחו של רחזנן ולהעדי' כחו של שמעון בטענה הלזו מכח ההסכמות של החוקות של רבנן תקיפי ארעא מתקני ההסכמות דהסכימו דאי' ליה ליסראי הדר בבתי הגוי דאית ליה לשוכ' זכות במקום המושכר ודין קרקע יש לשם להחזקות הללו בקושטא עיינו יע"ז וכמבואר ולא בדברי גדולי אחרו'

אחרונים ז"ל כנודע א"כ אף אתה אמור לו דגם יד ראובן נמי שולט' בקרקע הפנוי הלז בכל גריות וגריות דהא גם דאו' נמי הוא שוכר במקום הבנו' ושניהם היו משתמשים בזה בקרקע הבנו' א"כ היכי ימני שמעון לבנות איזה בנין בקרקע נו' ולהסכירה לאחרים דעל ידי זה מגרע שימושו של ראובן בקרקע כאשר היתה באומנה בימים הקדמונים ויש לראובן כמה וכמה תועליות בעוד הקרקע פנוי בלתי בנין וכן בעודו בנוי איכא כמה וכמה הזיקות וא"כ יראובן טוען כנגד ש' באופן זה זס אתה בא עלי מכח המקח דזתה שוענעלי דהמקח היה בבני שות'דעלמ' דלקחו מקח אחד דבכל גריות יד שניהם שולטת וא"כ אתה רוצה לבנות בקרקע לזה אמינא לך דתנן שותא ושבל יפנה פיך דהא כל לגבי דידי כבר גיליתי לך דעתי בשעת המקח דהגם דהגוי מכוין להקנות לן בשתמא בכל לגבי דידן לא יוכה אלא כ"א ואחד כנגד רבותו בקרקע הפנוי ונתרוקן זכותו של כ"א זה' ממה שהיה לו מקדם קדמתה דבכל גריות וגריות דהיה מהלך לזה ומחלה לזה אלא ע"י המקח לא נשאר לו שום זכות ואחי"ה כל אחד על חבירו ככנגד חנותו ואם אתה בא עלי דמאחר דכבר קדמה הזקתי בכל גריות וגריות דארעא בשותפות א"כ רביע לך חרם הקדמונים מתקני הסכמו' הא לא מגרע דמאחר דכבר ברירא לי דהתניתי עמך תנאי גמור בשעת המקח כנו' וכבר נתרלית בה שעת רצוי גמור א"כ מה חרם הקדמונים ז"ל איתי גבן בעזבדא דילן

והרואה יראה דטענה הלזו לא נפלאת היא ולא רחוקה זבאנו למ"ש גדולי האחרוני' דבדברים דביעו לבין יודרו נאמן אדם בטענתו יעויין בהני ספרי דבי רב וכבר כתבתי במ"א קהינו משם

ואף גם זאת דטענ' הלז במילתא כלנא כבר בא הדבר מפורש בתשו' הרב מהרד"א ששון סימן קט"ו וז"ל ותו דפשיטא הוא דנ"ד אין משום ס' הרם דכיון דזה טוענברירא דלקחתי ממנו אין כאן שום ס' דבשלמ' כשהנו מסופקים בל' התקנה או הדין או אומרים לו דיפרוש עצמו מס חרם אבל כשהוא או' ברירא לי שלקחתי ממך בפשי' דאין כאן ס' הרם עכ"ל הביא דבדיומרן בהבי"ב סימנק"ס הנה"ג אות ה"י גם הרב מחריה דאחרין מהר"ם פריסקו בס ידש"מ ח"מ סי' כ"ז דמ"נ הסכימה דעתו דעת עליון לתשו' מהר"א ששון הלזו יעי"ש באופן דלאז כל כמיניה דש' לבנות בקרקע הפנוי כלל אלא הרי הוא נשאר הקרקע פנוי לשימוש שניהם כאשר היתה מקודם בלתי בנין

אתאן להלוקח הגג דע"ג החנות של ראו' נו' דרוצה שמעון לבנות בתים עליו גם בזה לא צדק שמעון בטענתו מהטעמים האמורי' למעלה בביטול טענתו להלוקח בנין בקרקע ועוד אנימא מילת' טוב' זכות ראובן באויר חנותו דעל גביו יותר מש' דהא לא קדמה ליה לש' שום שרך והוקה באויר החנות בשום זמן אלא אדרבה לר' קדמת' ליה זכות הוקה באויר דע"ג חנותו מכח הוקת הגנת

דהא כבר כתוב שם בקונט' החזקות בפ' י"ד וז"ל וכל מקום שנשרף הוא מוחזק ביד ישראל כו' וכאשר ישוב ויבנהו כו' באיזה צד שיהיה כל מה שיבנה ויתחדש במקום ההוא מחבו' ארעא ועד רום שמיא הכל יקום בחזקת ישר' המוחזק במקום ההוא מקודם עכ"ל הרי דרבנן תקיפי ארעא העדיפו כחו של המחזיק במקום דאית ליה לשוכר זכות מתהומא כו' וע"ר רקיעא וכי תימא מנ"ל הא' אידוש' דילמא דוקא היכ' דהוא בנוי ברם היכא דליכא שום בנין אלא אויר וכנ"ל הימא לך דלא תקנו בזה וא"כ יד ר' וש' שוים בזה הא נמי לא מכרעא דמלבד דלשון ההסכמה משפט הלשון יורה דזכותו של המחזיק הוא מתהומא כו' הגם דהוא פנוי וכמו שיר' המעיין אף גם זאת מידי ספיקא לא נפקא וא"כ הוי ספק חרם להחמיר ושב וע"ת עדיף

הכלל העולה מכל מ"ש דיותר עדיפות כח אית ליה לר' הבא בשאלה בין בקרקע הפנוי כנגד חנותו ובין באויר שע"ג חנותו דהא קא מסייע ליה לר' סברת גדולי הא'רנים ונכב' דפסקו דדיינינן דינא דר"ל דעדים החתומים על השטר כו' בין היכא דאיכא שטרא ובין היכא דליכא שטרא אלא שכ"ע זלדידהו ודאי דנתרוקן זכותו של ש' לגבי ר' ומדינ' מצי ר' לבנות ולעשו' כל חפצו ורצונו והגם דמסייע ליה לשמעון סברת גדולי הראשונים ז"ל דלא דיינינן דינא דר"ל אלא בשטר ולא בזכ"ע מ"מ אף לפי סבר' הלזו יד שניהם שוה בזכות הקרקע הפנוי נו' ודינא הוא דמשתמשים בו ר"וש כאשר היתה באומנה והארץ לעולם עומדת והא שתי בידיה לבא בכלדו וזה שתי בידיה לבא בחביתו ולית דימחה בידייהו כלל והכי ראוי לדון לכל דיינים פה היושב על כסא ההוראה והנר' לע"ד כתבתי פי המדבר הצעיר

אליעזר ד'

טולידו

סימן מט

על מ"ש הרא"ש בתשו' כלל ע"ו דשובר כשר אע"פ שלא הוכר בו לא עידי השטר ולא זמנו כיון שסכו' המעו' של השטר והשובר שוים כתב הרב מש"ל סוף פי"ו ממלוה ולוה וז"ל ומ"ש הרא"ש כיון דסכום המעות כו' לאו לתימרא שצריך להזכיר סכום החוב בשובר אלא כו' אלא שמצאתי להר' בע"הת שער נ"ו הכך מזה ואי לא לא מהני שטרא והצריך הרב דסכום המעות שיהיו שוים בשטר ובשובר עכ"ל ומ"ש שמלא להר' בע"הת דלא כמו שפי' בדברי הרא"ש

אחהמ"ר מכבוד תורתו יהי מליא' דאשבח אינה כלום ואנו מלאנו להיפך דהא בשער נ"ג ח"ב סימן ב' נשאל על זה וז"ל ויש לברר שובר שנכתב סתם ולא שאין בו זמן ולא סכו' ממונכו' וזה הדינר' בעיני שהשובר מבטל שטר החוב ועוד ראיה מהא דתנן מנאי שטר בין שטרותיו פרוע שטרו'

שטרות שניהם פרועים כו' יע"ש וכתב עוד שם שהרבה דבריו לפני הרמב"ן והסכים לדבריו יע"ש ומ"ש הרב בעה"ת עצמו בשער נ"ו ח"ז סימן ו' וז"ל ואי לא ידעי זימנא דשטרא כתבי סתמא כלומר שלא יכתוב זמן בשטר השובר אבל יכתוב כל חוב מחזיק כך וכך כל אימת דנפיק השטר דכתיב ביה סכום אותו ממון שיהיה כתוב באותו שובר תרע להאי שטרא כו' יע"ש וכמ"ש בטש"ע ח"מ ס"י וז"ל לפיכך יכתוב בשובר שנפרע ממנו לשטר חוב מחזיק כך וכך ולא יכתוב שזמן השטר חוב תיום פלוני כו' יע"ש לא מכרעא כלל דלעולם היכא דבאו לפנינו שובר סתם בלי שום זמן ובלא שום סכום ממון ודאי דאמרי' דהמוצי' מע"ה והלוה הוי המוחז' אבל לכתחי' היכא דבאנו לכתו' שובר אנו מתקני' תיקון דליהוי בין לטובת הלוה ובין לטובת המלוה לטובת הלוה דילמא שט"ח מאוחר הוא כתבינן בלתי שום זמן ואי ידעינן סכום הממון הכתו' בשטר הוו' כתבי' סכום הממון בשובר דאי לא כתבי' סכו' הממון דילמי מזייף ליה זמנא אחריתי ומפיק ליה זה הגזה וטעין עליה דעל שטר הלז נכתב השובר מש"ה כתבי' סכום הממון בשובר דהשתא דילמא שטר מאוחר אית ליה למלוה נסתלק וזה ברור ואמת וע' בסמ"ע ס"י דכתב כן בפשיטות ועיין למהר"א ששון סימן ל"ב יע"ש הנלע"ד כתבתי הצעיר

אליעזר די טולידו

סימן ז

שאלה ראובן שהשקה נפשו לשכון כבוד בא"י והניח ב' מורשים גמורים על כל נכסיו ועניניו לפקח בהשגחה גמור' כו' ככתוב בשט' ההרשא' וכך היה מנהגם של המורשים דהיו גובין הפירות והרווחים לחצו לאחד ואחד מהם היה נוטלם ומניחם בארגז שלו דשם היה מניח כספיו ונכסיו בתו' אוצ' אחד ואח"כ בפ' הספינה בזמן נסיעתה היו שולחין דמי שהגיע להם בשלימות לידו של ראובן והנה בעתה דבאו המורשים לעשות חשבון לראות כמה וכמה עלו דמי ההנייאדה מצאו התיבה פתוחה ונגנבו ממנה כל דמי ההנייאדה וגם מנכסי המורשה שלו קרוב לשני אלפים מלבד דמי ההנייאדה ועתה באו לפנינו ב' המורשים שניהם גם יחד לראות היכן הדין נוטה ויבא שכמ"ה

תשובה הנה לכאורה יש לצדד אי המורשה הלז יש לו דין ש"ש מאחר דנוטל שכרו משלם מפני הטורח שטורח לגבות הריוח מילי' ה"נ או נאמר שאף כל מה שנוטל אינו אלא על השתדלותו ואינו נוטל שכר מפני השמירה והיה אפשי' לצדד ולומר דמילתא כדנא הוא שנוי במחלוקתן של הראשונים ז"ל בפירושא דמתני' דפ' המוכר את הספי' דתנו חכמים בלשון המשנה נשברה החבית נשברה לסרסור וכתב הרב בה"ו שם ד' נ"ד ע"א מהס' וז"ל פי' כגון דהיה הסרסור מודד להם בשכר לפיכ' הסרסו' חייב בשמירתה של החבית כדין ש"ש כו' כך פירש ריב"ש כו' ואשמועינן דאעפ"י שלא פירש לו שנותני' לו שכר על שמירת החבית אלא על המדידה אפ"ה יש לו דין ש"ש והראב"ד פירש נשברה חבית של סרסור ואעפ"י שהיא מושאלת למוכר וללוקח אין חייבים באונסיה דשאלה בבעלים היא דהסרסור נשכר להם למוד וק"ל דא"כ ליתני כו' עליות הר"י ז"ל ותוספי הרא"ש עכ"ל ולפום ריהטא היה נראה דמה שנטו אשוריו של הראב"ד ז"ל לפרש דנשברה דמתני' על חבית הסרסור קאי הפך פירושם של שלשת הרועים ז"ל הרא"ש והריב"ש ור' יונה משום דס"ל להראב"ד דאיך אפשר דקאי על חבית המוכר דא"כ היכי מחייבינן לסרסור מדין ש"ש הא כל שכרו אינו אלא על המדידה ולא על השמירה ואנן בעינן שכר על השמי' ביחוד וע' להרא"ש שם בסוגין דפירש בהדי' כסברת שלשת הרועים וכן פסק הטור ח"מ סי' ק"ק סעיף י"ד וז"ל ואעפ"י שלא נתנו שכר אלא על המדידה.

האמנם אחרי רואי משכ' הראב"ד דפ"ו משלוחין דין ב' שהשיג על מש"כ הרמב"ם וז"ל תקנו חז"ל דכל הנותן מעות לחבירו כו' יהיה פלגא מלוה ופלגא פקדון כו' ואם נגנב או נאבד החצי של פקדון אין המתעסק חייב לשלם וע"ז השיגו הראב"ד ז"ל דלמה לא יהיה כש"ש על הפקדון והלא נוטל עליו שכר כפועל בטל עכ"ד והביא האי פלוגתא הטור ביו"ד סימן קע"ז ופי' שם מרן בכ"מ ובב"י טעם מחלוקתם של הרמב"ם והראב"ד דטעמי' דהרמב"ם הוא דס"ל כיון שאינו נוטל שכר על שמירתו אלא שמתעסק בו לא מחייב מדין ש"ש והראב"ד ס"ל דאע"ג שאינו נוטל שכר על שמירתו אלא על העסק חשיב כאילו נוטל שכר על השמירה יע"ש ולפי זה משכ' דטעם הראב"ד דפי' מתני' דנשברה החבי' של הסרסור קאמר משום דאי הוה קאי אחבית של מוכר לא הוה מחייבינן לסרסור מאחר דאין כאן קבול שכר על השמירה ואנן בעינן שכר על השמיר' ביחוד אין האמת כן דגם הראב"ד הז"ל ומודה דהגם דלא קביל שכר אלא על המדידה חשבינן ליה ש"ש בההיא הנאה דמשתכרווחא בעד המדידה הוי כאילו נוטל שכר על שמירת החבית דומיא דהתם דעסק דאסברא לן הראב"ד דהגם דלא קביל שכר אלא על העסק ולא על השמירה חשיב ש"ש וכמו שפי' מרן בב"י ובכמ' והטעם דפירש מתני' דקאי על החבית של הסרסור משום דבשלמא בחבית של סרסור אי לאו מטעם דהוי שמירה בבעלים מתחייב המוכר דהא איכא הנאה מרשות לרשות גרם היכא דהחבית היא של מוכר היכי מחייבינן ליה לסרסור הא ליכא קנין וכבר כתב הרמב"ם פ"ב משכירות דין ח' דבעינן קנין גם בשומרים ומשתמא נאמר דלא השיג עליו הראב"ד ז"ל משמע דהכי ס"ל והטור סימן רל"ז סעי' ו' הביא פלוגתא דרבוותא בזה יע"ש

באופן דנדון שלפנינו לכאורה במחלוקת הוא שנוי בין הרמב"ם ושאר גדולי הראשוני' דלדעת הרמב"ם ז"ל בנ"ד פטור מגניבה מאחר דאף דקבל שכר ההרשאה מלי עיין אין כאן קבלת שכר ביחוד

ביחוד על השמירה ולדעת רובא דרבוותא ז"ל חייב המורשה לשלשלדיאהו לא בעי קבול שכר ביחוד על השמירה ואלי המורשה לומר קי"ל כהרמב"ם וכמ"ש הרדב"ז הביא דבריו הכנה"ג סימן רל"א הגב"ט אות למד שדעת הרא"ש ור' ירוחם קיימי בשיטתו של הרמב"ם דהמתעסק בפלגא דפקדונא הוי אלא ש"ח יע"ש ויש לעמו' לכאו' בתשו' הרב משפטי שמו' סי' ס"ו דב"ק ע"א וז"ל ונלע"ד דמוכחי דברי הרא"ש בפ' המקבל דהולך המגיה שם להגיה כי האור זרוע ושאר הפוסקים או' כי אפלגא דפקדון הוי ש"ש יע"ש דמלבד דאם כן דהרא"ש קאי בשי' הרמב"ם אין פס' הטו' דהוי ש"ש כשי' הראב"ד שלא כדעתו של אביו הרא"ש ועוד הא כבר כ' הרא"ש בפ' השפינה דהגם דאינו נוטל שכר הסרסו' אלא על המדידה עכ"ז הוי ש"ש על החבית וכנז"ל ואי הרא"ש קאי בשיטת הרמב"ם דאפלגא דפקדון הוי ש"ח משום דאינו נוטל שכר על השמירה אלא על העסק והכא בעינן שכר על השמירה ביחוד א"כ היכי ס"ל להרא"ש במשפט החבית דהוי ש"ש הגם דאינו נוטל שכר על שמירת החבית ביחוד ואדרבה איפכא מסתברא השתא ומה התם במתעסק דנסתלק שמירתו בנותן לגמרי דהא מסריה לנפקד חשבינן ליה ש"ח מטעם דאינו מקבל שכר על השמירה אלא על העסק כ"ש וק"ו בההיא דחבית דהא קיימי הבעלים ששאלת משמע דאין דיוקו שדקדק בדברי הרא"ש הרב משפטי שמואל דיוק אלא הר"ש בשיטת הראב"ד קאי

ואפשר להליץ בעד הרב משפטי שמוא' דלא ס"ל להרב כפירשו של מרן ז"ל דטעמו של מרן הוא בעד הרמב"ם דהטעם הוא דאינו נוטל שכר על השמירה אלא על העסק אמר מטעם זה קשיא לן דברי הרא"ש דפי' חבית של המוכ' כס' שלשת הרועים הנז"ל וכמ"ש אלא ס"ל להרב משפטי שמואל דטעמו של הרמב"ם דלא חשיב ליה למתעסק כש"ש משום דלא נחתו לא הנותן ולא המקבל אלא לסלק מעליהם איסו' דריביתא ואילוליה איסו' דריביתא לא הוה הנותן יהיב למקבל שום פ"ק מטעמא דלא נחתי דעתייהו למשפטי ודיני שמירה וכמו שרימז שם הר' משפטי שמואל והרדב"ז הרהינו שם דהביא הרב ז"ל תשו' הרדב"ז כדמותה כצלמה והיא נדפסה בתשו' החדשו' סי' תרל"א ה"ב וז"ל ואני בעניותי אומר דאין השגתו של הראב"ד ז"ל השגה דנהי דנתן לו שכרו להתעסק בחלק הפקדון היינו לסלקו מדין רבית ולא נתן לו שכרו לשמור העסקא למה הדבר דומה למפקיד חפץ ביד חבירו ושכרו לעשות עמו במלאכתו האם נאמר שיהיה דין ש"ש גם על הפקדון הא ודאי ליתא עכ"ד

הרי דשני נביאים בסגנון אחד קיימי בשיטה אחת לפרש טעמו של הרמב"ם דפטר ליה למתעסק מדין ש"ש מאחר דלא נחתי אלא לסלק מעליהם איסור רבית האמנם קושיא קמייתא במקומה עומדת דלא ה"ל להטור לפסוק כס' הראב"ד הפך דעת מר אביו הרא"ש ז"ל

ואיברא דנתקשה לי קצת המשל דהמשיל לנו הרדב"ז למה ה"ד למפקיד חפץ ביד חבירו ושכרו לעשות מלאכתו האם נאמ' דיהיה ש"ש גם על הפקדון הא ודאי ליתא כו' יע"ש דלדידי צריכה תלמוד דהא בההיא דסרסור דנשברה החבי' דמחייבי ליה הראשונים וכנז"ל כדין ש"ש על החבית מטעמא מאחר דהסרסור שכור להם על צורת המדיד' חשבינן ליה ש"ש על שמירת החבית ולאורה קשיא להרדב"ז ואפשר דהרדב"ז ז"ל מודה וגם דהיכא דנחתי תרוייהו לשכר מעיקרא הנותן והמקבל ובההי' שעתא מסריה בידיה פקדון הא ודאי כוונתם אינו אלא אדעתא דשמירה מעליא דלהכי גלי דעתיה הנותן להפקידו בידו באותה שעה להורות לו דיתן דעתו הנפקד דהשמירה יהיה מעולה דהא איכא קבול שכר האומנם היכא דמעיקרא לא נחתי תרווייהו לשכר לא המפקיד ולא הנפקד וכגוונא דנקיט הרדב"ז למפקיד חפץ ביד חבירו דמעיקרא לא גילו דעתם דאיכא שכר ואח"ך שכרו לעשות מלאכתו כגון דא פשיט ליה להרדב"ז דהא ודאי ליתא לדינא דש"ש דהא לא נחתי לקבול שכר על השמירה ולענין זה מדמה הר' דאפלגא דפקדון ליתא לדינא דש"ש דהא מאי דיהב הנותן העסק למתעסק אינו אלא דכך תיקנו חז"ל לסלק איסורא דריביתא ולקיים לא תסור מן הדבר כו' ומאחר דלא נחתו תרווייהו לקבול שכר על השמירה דין ש"ח יש לו אפלגא דפקדון

ועוד איכא לפלוגי ולצדד דלא דמי לההיא דסרסור דבשביל שכר המדידה יש לו דין ש"ש אף על החבית דשאני התם דאין כאן פעולות חלוקות דהא המדידה לא שייך כדי שיטול שכרו אם לא דהחבית שיא שלמ' כדי למלאות ממנה על ידי המדידה ואם החבית נשברה נתבטל' פעול' המדה דדא ודא א' היא וזה צריך לזה וזה צריך לזה לא כן האי דינא דהרדב"ז דהמשיל הר' דהפעולו' הנה הנם חלו' דפעו' השמיר' היא חלו' בפני עצמ' ופעולת עשית המלכ' היא חלוקה בפני עצמ' ולא פתיך הדא לחברתה אמר מטעם זה חלק בשתי ידים הרב מהר"ם אלאשקאר בתשו' סימן ע"א על הרב החולק ז"ל דרצה לחייב בגניבה ואבידה למי שהיה פרנס על הצבור לפקח על עסקיהם ונפקדו בידו מעו' ונגנבו ונאבדו דחייב הפרנס דמאחר דבא בשכרו לשר' בקהל כו' והרב מהר"ם אלאשקאר דחה דברי הרב החולק ז"ל מהאי טעמא דאין נוטל שכרו אלא כדי לפקח בצורכי צבור כשאר פרנסי הקהילות לא כדי להיות ש"ש שלהם כו' יע"ש וכה"ג הוא ניהו טעמו של הפסק שפסק הרדב"ז עצמו בשמש הקהל דאינו בדין ש"ש כי שכר שימושו הוא נוטל לא שכר שמירה והביא דבריו הרב הכנה"ג סימן רל"א הגב"ט אות י"ב דנשאל הרב ע"ן והביא תשו' הרדב"ז ותשו' הרב מעשה חייא ז"ל דהסכימו לפסק' דינא דשמש הקהל אינו בדין ש"ש מאחר דאין כאן קבול שכר משום שמירה אלא שכר שימושו הוא נוטל יע"ש ובסימן ש"ג הגב"ט אות נ' יע"ש

ואיברא דעמדתי לפום ריהטא דהרי שמו' ונראה שם סי' ש"ג אות ח' הביא תשו' מהרח"ש דס"ל דממונה על הצבור הוא ש"ש דהרי מקבל הנאה להיות לו שררה על הצבור והרב כנה"ג כתב וז"ל כתבתי בסי' רל"א דהוי ש"ח יע"ש ומאי חילוקא והפרש והבדל איכא בין פרנס הממונ' על ענייני הקהל ובין שמש הקהל דבדין שמש הקהל כתב הדין בפשיטות דלאו שומר חולק ובפרנס הממונה על הצבור כתב דהוי פלוגת' ולכאורה דא ודא אחת היא דהכא הכא ביניהם דאין כאן קבול שכר על השמירה לא בפרנס ולא בשמש הקהל ודעת הרב בחולק המובא בתשו' מהר"ש אלאשקאר ז"ל כש' מהרח"ש ובשמא בדין הפ'אטורים דרימו שם הרב ז"ל אות ו' וז"ל הפ'אטורים ש"ש הם כו' וכן מתברר מדברי שאר הפוס' לא דימהו הרב ז"ל לבני תרי דיני שמש הקהל וממונה ופרנס על הצבור דהשכימ' דעתו דעת עליון דהוו ש"ח דוקא ומטעם דאין כאן קבול שכר ביחוד על השמי' אלא על טרחם ועמלם בשימושם ודין הפ'אטורים הגם דעל טרחם ועמלם הנה הנם נוטלים שכרם מ"מ אין הפעולות חלוקות דהוי מלאכת עסק הפ'אטוריא' כמלאכת של המדיד' של הסרסור ולדכתי' האמנה פרנס הקהל ושמש הקהל שקולים הם ובחדא מחת' מחתינהו וכ"ת הא דין הפ'אטורים ודין פלגא דפקדון שקולי' הם ואין הפעולות חלוקות כלל ואין הבדל והפרש ביניהם ומאיזה טעם לא דימהו הרב כנה"ג להאי דינא דמתעסק בפלגא דפקדון דרמיזו הר' בסימן רל"א הגה"ט אות למד דהוי פלוגתא דהרמב"ם והראב"ד

הא לא קשיא לן דכבר כתבתי לעיל אסברא לן הרדב"ז דהתם לא נחתי תרוייהו לקבול שכר אם לא לסלק מעליהם איסור דר בית ולקיים תקנתם של רז"ל לא כן דין הפאטוריי"ם דדמי לעסק המדידה כנו'

וראיתי למהר"ם ן' חביב ז"ל הובאו דבריו בגו"ר ה"מ סימן א' דהגם דמעיקר' הסיק הדעתיה דמר דהאי דינא דפ'אטור אי הוי ש"ש מהלא הוי במחלוקת הראב"ד והרמב"ם מ"מ הסופא דמילתא עלה בהסכמה דיש הפרש והבדל בין דינ' דפ'אטור ובין דינא דפלגא דפקדון דטעמו של הרמב"ם מידי הוא טעמא כיון דלא נחתי לקנו' שכר אלא לסלק איסורא דרבית והביא דברי הרדב"ז והר' משכני במותב הנז"ל ועי' שם להרב גו"ר סימן ב' דפ"ח ע"ג אחר דעמד בהאי דינא של פ'אטור אי דמיא לפלגא דפקדון לדעת הרמב"ם ולמסקנא דמילת' כת' הרב וז"ל כללא דמילת' כו' שפיר יש לדון הפ"אטור דהוי ש"ש ואין לו לד קולא בשביל שאינו נוטל שכר על שמירתו יע"ש וכן ראיתי להרב דב"מ הובאו דבריו בתשו' הרב כרם שלמה ה"מ סימן פ"ה דאסיק נמי הרב הדעתיה לדמות דין הפ'אטורים לפלוגתא דהרמב"ם והראב"ד ז"ל ותשובת דמלאת הביא דברי הרבנים מהר"ם ן' חביב והרב גו"ר דכתבו דלא דמי לפלגא דפקדון דהתם היינו טעמא דכל מגמתם היתה אלא לסלק איסור דרבית מעליהם וכנז"ל יע"ש

באופן דאיכא ג' סוגים ואופנים לדעת הרמב"ם האחד פלג' דפקדון דין ש"ח יש לו הגם דלא בשכרו האופן השני הוא דין הפ'אטורים דהוי ש"ש כפי הסכמתם של גדולי האחרונים ז"ל גם המחבר"י באסופי' ז נשאל על משפט הפ'אטורים וכה הסכימה דעתו דעת עליון דזה ברור אחד דהו' חייב בגניבה ואבידה יע"ש והסוג והאופן הג' נכלל דין משפט חיוב הסרסור לאדוד דדיינינן ביה דהוי ש"ש גם על הרבית וכנז"ל והם ג הג' הוא משפטו ודינו של שמש הקהל ופרנס הממונ' על עסקי צבור דפשי' ליה להרב כנה"ג דמשפטו הוא ש"ח ולא ש"ש מטעם דכל קבול שכרו אינו אלא שכר שימוש ענייני הקהל ולא דמי לדין הפ'אטור מאחר דהפעולות חלוקות וכאמור

ומעתה אלכ' נא לנ"ד בדין המורש' דלפום ריהטא משמע דנ"ד כחדא שריין השתי פעולות דעליה דידיה של מורש' רמיא הנחת המעות במקום בטוח לקרב שתועלת וגם להשתדל לגבות ריוח הפירות וגם להשתדל לשלוח דמי האנייאד' על ידי איש נאמן כדי שיהי' בטוח המרש' ויב' לידו מעותיו בשלימות ולכתוב ולחתום אגרות ראשונות ואחרונות דכל זה צריך טרחה גדולה ויגיעת בשר ועל כל אלין דהוו ה גדולי' על כלם שמיר' הממון במשכנות מבטחים דזהו הפעולה השניה ומאח' דישנן בנ"ד השתי פעולות כדמותם כצלמן דומה בדומה לשמש הקהל דעלאה הסכמת שלשת הרועים הרדב"ז והרב מע"א והרב כנה"ג דפטור מאחר דמה שנוטל הוא שכר טורח שימוש ולא שכר שמירה א"כ לפום הך טעמא ה"ה וזהו הטעם דבנ"ד פטרינן ליה נמי מלא למורשה מאחר דעליה דידי' רמיא ההשתדלות וכמה יגיעות מוטלות עליו וכאמור

האמנם נראה דבנ"ד פשע המורש' דהניח המעות באוג"ארה וכמו שבא בשאלה דהגם דהאוג"ארה היא כיפת של אבנים מ"מ הרוא' יראה דאינו מקום המשתמר מגנבי אלא שמירת מאש שלהבת דוקא והיינו דהאוג'ארה כו' דהניח המעות שם המורש' היא מושכרת לאחרים דעוסקים שם מלאכת' ואיכא נכנסים ויוצאין רבו מספר בכל יומא ויומא ואף גם זאת בלכתן השוכרים לתכור מלאכתן ושוגרי' דלאו האוג"ארה איכא רשות אחרים עליה דהיא מושכרת נמי לגברא אחריתי לשמור שם מלאי שבחנותו בכל יומא ויומא דבאין הלוקחים לחנותו יוצא ונכנס באוג"ארה הנו' בין בשעה שהיא פתוחה דעושין מלאכת' ובין בשעה שהיא סוגרת ומסוגרת נוטל אותם מפתחות עלמן הם נהים ברשותו ופותח ונוטל מידי דצריך ליה באופן דהמקום כנו' אינו משתמר לדעתו של המורשה ובכה"ג נראה דלא חשיב מקום המשתמר ואסיקנא פשיע' וכמ"ש מהריק"ש סימן רנ"א סו' סעי' א"ך וז"ל הניח אחרים ליכנס במקום שהפקדון מונח אעפ"י שאינם בחזקת המסנים וגנבים הויא פשיעה עכ"ל והאי דינא לקוח מתשו' הרב מהר"ד סי' של"ג הביא דבריו מרן ב"י שם סעי' ך' וז"ל ואם הניח בני אדם נכרים ליכנס ואח"ך לא נמצא הפקדון כו' יע"ש וכמו כן ראיתי להרב מח"א הל' שומרים סימן ה' וז"ל מקום שהוא מיוחד לשמור כו' בשכרו שנותנין

מיני

מידי הנ"ה כו' וכל המוליך חיבתו שם אינו מוכיר לנפקד כוס לשון שמירה אלא סתמא נראה דהוי ס"ס כו' ועוד בה בנ"ד דאינו מקום מיוחד לשמירה לאדם אחד כמו בית שהוא מקום השמור לבעלים אלא כל מי שרוצה מוליך חיבתו שם ואם הנפקד לא ישמרם מי ישמרם עכ"ל הרי לימדנו הרב ואסברא לן דהגם דעיקר קבול שכר אינו אלא ביחד ובשביל שכירות המקום ולא בשביל שכר שימור מ"מ אשהמקו' אינו מיוחד לשמירה לאדם אחד אלא רשות אחרים עליה ואיכא נכנסין ויוצאין אין זו שמירה ואע"ג דלא אמר לו כשבאו לידו לשון שמירה מ"מ מאחר דאין המקום מיוחד לשמיר' לאדם א' לא השיבא מקו' המשתמ' ומוטל עליו לשומרו דאם לא ישמרם הוא מי ישמרנו וכיא תשו' הרא"ש והביא' בטור סי' רנ"א ס"ג אבל ר' דנחרלה להוליך עמו המנעלים ואמר לש' הניחם על החמור פשי' דקבל עליו שמירה דאם לא ישמרם הוא מי ישמרנו עכ"ל וכוונת הרא"ש ז"ל לומ' דהגם דאמרו במכילתא פ' משפטים ע"פ כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור ר' ישמעאל אומר עד שיפקיד אצלו ויאמר הילך ושמור לי כלי זה אבל אם אמר לו הן עיניך בו פטור עכ"ל והביאו דברי המכילתא הללו התוס' סו"פ המובל דכ"ג ע"א ד"ה ורמינהי כו' ועיין למהר"א ן' עטר פ' משפטים ע"פ הלזו ע"ש הסר מטעם זה הולך הרא"ש להשמיענו דהיכ' דהענין מוכיח מתוכו דהנותן לשמירה מתכוין הייב המקבלו ליתן עין השגחתו עליו מאחר דבעל דבר א"א ליתן עינו לשומרו דהא מסריה ניהליה ברשות חבירו והמפקיד אזל ליה ולא שמי בידיה לנטריה כדנטרי אינשי מתילא עליה דנפקד רמיא ליתן עין השגחתו עליו

ואברא דראיתי להרשב"א ח' רמשי סי' קס"ז דנשאל על מלמד תינוקות דמניחין הספרים בבית רבה ומוליכין לביתם כשירצו אי יש דין ש"ש על המלמד והשיב דאין למלמד דין שומר כלל מאחר דלא הוכיר לו בעל החפ' שום לשון שמירה וכבר אמרו במכילתא ר' ישמעאל אומר כו אבל אם אמר לו הן עיניך בו פטור ובנדון שלפנינו אפי' הן עיניך נסתם לא אמר לו מעולם למלמד ולא דמי לאומן ושוחף ומלוה ע"המ דנעשים שומרים מאליהן כיון שם שמירה דהתם מגיע אליהם ריוח ותועלת בקיום הדבר הנפקד אצלם כו' דהיינו אומן יש לו תועלת בשמירת החפץ מלוה על המשכון אם יאבד המשכון יאבד מעותיו שוחף מפני חיקו בכך לריך לשמור את כלו לפיכך ראוי לומר נעשה שומר כפי' אבל במלמד שאין כאן תועלת קיום הספ' ושמירתו ואין להשיב משומר אבידה שבתורה הטילה עליו שמירה בפי' וגם הוא קבלה עליו כשהגביה את האבידה עכ"ד הרשב"א ז"ל

ולפום רהיטא מתבאר מתשו' הרשב"א הלוז וחורה יצאה דפרנס ושמש הקהל לא חל עליהם דין שומר כמו מלמד מאחר דליתיה גבייהו הטעם דשייכי גבי אומן ושוחף ומלוה ע"המ דמה תועלת איכא גבי פרנס ושמש הקהל בקיום הדבר דהיתיה גבין בחזקת דהסברא לן הרשב"א דלאו מטעם שאין מקבלין שכר על השימור ביחוד ובטעמ' דיהבו הרדב"ז והרב הכנה"ג וכנז"ל אלא כטעמא הוי מכוס דלא אמרו הקהל לפרנס ולשמש שמור הפקדון דהכי הוי דינא דמכילתא דקפיד קרא לבטא בשפתים שיאמר לו בעל החפ' למקבל שמור והאי טעמא ליכא בפרנס ושמש הקהל וגם מתברר מתשו' הרשב"א ז"ל דבמורשה דבני נ"ד איכא טעמא דאומן ושוחף וכדו' דהא כל היכא דהדבר איתיה בקיומיה קא מרווח המורשה דנוטל שכרו מהמעות יו"ד לק' ואם נאבדו אודא להו רווחא והנאתא ותועלתא

באופן דכפי מ"ש דכוונתו של הרשב"א הוא למעט טעמא דיהבו הרדב"ז והרב הכנה"ג ובעיקר דינו של הכנה"ג והרדב"ז בדין שמש הקהל ופרנס הדין דין אמת דפטור השמש אם נגנבו או נאבדו והכי ס"ל להרשב"א ז"ל לפום דינא אבל אין הטעם כדבריהם מהאמת דאינו נוטל שכר שמור ביחוד אלא הטעם דמאי מרווח בתועל' קיום הספ' הקהל להיותם בעין וכיון דליכא הנאה לשמש הקהל אין כאן דין שומר מאחר דקפיד רחמנ' דבעי' דיבטא בשפתיו לשון שמירה למקבל ואת זה ראיתי להרב המובה' מהר"ח פאלאג'י נר"ו המגיה דכתב שם ז"ל ועוד מלד אחר איכא למפטריה למלמד כו' והמינא לה ממ"ש הרדב"ז והר' כנה"ג בדין שמש הקהל כו' יע"ש ולפי מ"ש פליג הרשב"א בהאי טעמא דהאי טעמא דאינו נוטל שכר שימור ביחו' לא שמיעא ליה להרשב"א ז"ל

ברם ראיתי להרשב"א הביא דבריו מרן ב"י ח"מ סי' רצ"ה מהודש ו' כח' וז"ל נשאל הרשב"א על מי שנתן מתנה לקטן ע"י גדול כו' אם נעשה אפוטרופו מן השתם נר' דאם היה הקטן שבשם' מסר לזה יש הזכהה שלא ע"י שיזכה לו בלבד מסר לו דא"כ למה לא מסרו ליד הקטן עצמו אבל אם מסר לו במקום שאין הקטן מצוי אפשר דלא מסר לו אלא ע"ד זכיה בלבד ואם לא רלה לעשות לו שומר ברשות בידו כו' עכ"ל ומתברר מתשובה הלזו לכאו' דהגם דלא שייך גביה הטעם דגביה אומן וכיו' דאיכא תועלת והנאה בקיומו של החפ' עכ"ז נעשה שומר ואע"ג דלא אמר לו שמור וליכא למימר מאחר דהענין מוכיח מתוכו דלשמירה נתכוון הנותן דאחר דאם לא ישמרנו הזוכה מי ישמרנו לא בעינן אמירה בפי' שמור דשאני הכא דמלמד דכתב הרשב"א דבעי' שיאמר לו בפי' שמור דאי לא לא נעשה שומר משום דליכא הוכח' דלשמירה נתכוון דא"כ מאי האי דכת' הרשב"א שם וז"ל עד שבענו' זה לא מצאו טעם בבירור' ע"מ שהיינה בתורה ש"ח חייב בפשיעה הואיל ואין לו הנאה מגיע לו מן השמירה ובהכרח בניאה לומר בטעמו של דבר כיון דקבל עליו בפיו שמירת הספ' והמפקיד נשען על שמירתו אם נאבד בפשיעתו הרי הוא קרוב למזיק עכ"ל דמשמע מהאי ליכא דבעי' שיאמר הנפקד אני אשמור כדי שע"י דבירו המפקיד נשען על שמירתו הא בסתמ' לא ולא שני בזה שאם לא ישמרם הוא מי ישמרם האמנם הא ל"ק דכבר כתוב שם דאינם תורת הרשב"א כמבו' שם

וכבר ראיתי להר' מח"א ה' שומרים סי' א' דהביא דברי המכילתא הנז' ואע"פ כן

כן ה' וז העלה דהיכא דמוכחא מילתא' דלשמירה נתכוון המפקיד אע"פ שלא הזכיר שמירה בפי' מהני יע"ש ובסי' י"ד ועי' בה' אלו להר' מח"ו שם סי' א' וסי' ז' דהביא תשו' הרא"ש ועוד נר' טעמ' אחרי' בנ"ד לחייב המורשה לשלם במעיב' דהוי ש"ש גמור משום דבא בשכרו ממש גם על השמירה וטעמא מאהר דבשער ההרשאה המולג קחן כתי' ביה וז"ל מינה והרשה פ' לפ' שיהיה מכקח ומשגיח ע"כ נכסיו ועניניו ועסקיו שיש לו להמרשה פה קושטא זמע' ומע"כ כו' כח יפה כו' לקבל ולגבות ע"י המורשה כל חוב וממונ' כו' ולקיים מלות שילוח בכל שנה ושנה דמי התניידה בפ' הספינה כו' ובעד ש"ט של המורשה הנז' הנה נתחייב המרשה כו' מכל הרווח זהפירות כו' יו"ד לק' כו' ולקיום כל הנז"ל מרא"ש וע"ש קנינו כו' עכ"ל השטר בקילור הנה בא הענין בפי' דבעד ההשגחה בממונו של המרשה וגם בעד השתדלותו לגבות ע"י כו' קא יהיב ליה יו"ד לק' ונמלא כה ביטא בשפתיו המרשה דמינוי ההרשאה הוא דיתן עין השגחתו ע"כ נכסיו ועסקיו וגם יתודעתו לגבות כו' זכוונ' ההשגחה הוא לשמירת הממון יבא במקום הראוי להשתמר שמירה מעולה מכל המאורעות דישנס תחת האפשר לבא וכי תימא הא כבר כתבנו לשון המכילתא דאם אמר לו חן עינידנו פטור השומר עד דיאמר לו שמור הא לא מכרע' דכבר כתבתי דכל היכא דמוכח' מילת' דלשמירה נתכוון סגי הגם דלא אמר לו לשון שמירה זהו הנלע"ד

הצעיר

אליעזר די טולידו

סימן נא

שאלה ראובן קא תבע את ש' בטענה לא מן ההנות שאתה יושב בה מפני שההנו' הנז' היא של מורישי כאשר ידוע לכל באי שער עירנו יע"א ואבי הניח אותי קטן מוטל על העריסה כמג' חדשים ועתה שאני כבן ה"י שנה שמועה שמעתי מפי זקנים שבדור שההנות שש' מחזיק בא היא היתה של אבי אביך וש' טוען כנגדו ואמר לר' הנות זה אני לקחתיה זה יו"ד שנים מלוי ולוי שמכרה לש' לקחה מאחות אביך וכמבואר בשטר המכירה שהוציא שמעון שלק' כל כהותיו של לוי בשע' המכי' זג"כ של לוי או' דלוי עלתה לו ידיעה איך החנות היתה של זקנו של ר' ברם מה שלקחה מיד בתה היינו מפני שאביה נתנה לו בתורת נדונייא ובאו אחות אבי ר' וטענת אמת שההנות הלז אני מכרתיה ללוי אחר שלקחתי זמן מה שכירות ההנות ואין פונה פה מכרתיה ללוי בשטר כמבואר בשער המכירה שביד לוי והגם דמכרתי דבר שלא היה שלי הנה סך מה שלקחתי הנה הוא בידי קהינו ומסר המעות ביד ב"ד לשאול הגיעו אם יש כח ביד ר' המערער הבא בטענת ירושה להוציא הרנות מיד הלוקח שמעון או לא

תשובה לכאורה נראה דהאי דינא מפורש יוצא בתשו' הרא"ש כלל צ"ע סימן ד' דכל דהחזיק המחזיק ג' שנים ומביא ראיה הלוקח דמי שמכרו לו דר בו יום א' טוענין לו כל מאי דהוה מצי טעין והגם דשאילנא את פי המוכר הדר בו יום א' וטעין טענת המגרעת כח שלוקח ב' לאו כל כמיניה להפסידו ללוקח ב' יע"ש בטעמו של דבר ופסקו מור"ם סי' קמ"ו ויעויין בהאחרונים שנה מתברר מדברי הרא"ש דהגם דהיורש היה מביא ראיה איך הקרקע היתה של מורישו והלוקח ראשון טען טענת גרועה דבשבילה מגרעת כח הלוקח הב' עכ"ו מוקמינן הקרקע ביד הלוקח הב' כל דאית ליה שני חזקה וראיה דהמוכרה לו דר בו יום א' אם כן גם בנ"ד אית ליה ללוקח ב' דקאי בגווה יותר משני חזקה אחר שהגדיל היתום והאשה המוכרת דר בה ואכל פירותיה דהיינו שכירות ההנות וזמן מה טענינן ללוקח דאביה נתנה לה בתורת נדוניא דנמצא דלא הלה החנות בתורת ירושה ליד אביו של ר' כלל והגם דלדבורה של האשה המוכרת הטוענת היא סיבה לגרוע כחו של הלוקח לא משגחינן בה וכאמור

אמנם הרואה יראה תשו' מהרש"ך ח"ב סי' רל"ב רמוה הכנ"הג שם סי' קמ"ו הג"הט אות ז"ך דנשאל על יורשים שירשו בתים וקרק' מאביהם ושנים משה החזיקו בפני שאר האחים אחרי מות אביהם יותר משני חזקה זאח"ך מכרו לאחרים כל מה שהחזיקו וקמו יורשי שאר האחים להוציא מיד הלוקחים והשיב וז"ל ואומר דאם היה מקום לו' דמה שהחזיקו ר"וש בפני אחיהם לא היתה מועלת א"כ לא היו זוכים הלוקחים במקחם ומלו כו' דאע"ג דקי"ל בעלמא טוענין ללוקח ואי אית ליה סהדי דדר ביה המוכר הד יומא סגי כו' היינו דוקא היכא דהמוכר היה יכול להחזיק על המערער כו' אבל היכא דלא מהני חזקת המוכר כנגד המערער לא שייך לו' טוענין ללוקח ע"כ הנה מתשו' הלוו דמהרש"ך יש סתירה לנ"ד דכל מה שאנו מוכיחים לש' הלוקח הב' הוא בהלטרפו' מה שדר בו האשה המוכרת ואם זמן דירתה שאכלה פירות החנות היתה בזמן ר' בן אחיה קטן המוטל בעריסה א"כ בעת ובעונה ההיא לא היתה מהני לה הך חזקתה ואין טוענין ללוקח

הא לא מכרעה דהנה או' דכל זה שאנן בדידן בעינן ראיה שדר בו המוכר יומא חד אינו אלא היכא דהירושה היא ולאית על היורש דאיכא סהדי דמת אביו של המערער מתוכה והכי אסברא לן הרשב"א במיוחסות סי' ה' רמזה מרן ב"י סי' קמ"ט מהו' ד' וז"ל והענין הזה תלוי לדבר ידעת דאין מוציאין בנכסי קטן אפי' הגדיל כו' וא"כ אם יש עדים לבן ר' דקרקע זה של אביו היתה שאביו מת מתוכה אע"פ דהחזיק ש' ויורשיו אחריו כמה שנים לא עלתה לו חזקה אבל אם אין לבן ר' עדים כו' נאמנים לומר לא ידענו דהיה לאביך קרקע כדין כל טענת היורשים עכ"ל הרי בהדיא דאין כח ליורש להוציא מיד הלוקח המחזיק אם לא דאיתי סהדי איך אביו מורישו מת בעודו מחזיק בתוכו עד שע' מיתה עד ועד בכלל ובהעדר שהודאת של העדים דמת מתוכו שמודים אע"ג דאתסהדי העדי'

סדר

שדר ביה אביו עידן ועידנין לא אלים כחו של יורש כנגד הלוקח דטוענין ללוקח שמא אחר זמן מכרו ללוקח זה שמחזי' בגווה וכן ראיתי להרמ"ה בחי' לב"ב פ' חזק' דע"ו מוכס ע"ג סי' ל"ח וז"ל אין דמערער מחמת אבהתיה כו' אי אייתי סהדי דמת אביו מתוכה כגון דהוה קיימא ברשותא דאבוה בשעת מיתה בחזקתו ראיה היא לחיוביה לנחתא לאיתויי ראיה במאי נחית לה כו' ומנא תימרא דכי אתו עדי' דמת אביו מתוכה מחייבינן לנחתא לבירורי טענתיה דגרסינן בפ"ב דכתובות בירושלמי גבי מודה ר"י דאפי' יש עדים אינו נאמן דהיינו לוקח בשלא אכלה שני חזקה . אבל אם אכל שני חזקה נאמן והוא דלא אייתי סהדי דמת אביו מתוכה אבל אם אייתי סהדי דמת אביו מתוכה אפילו אם אכל שני חזקה אינו נאמן כו' יע"ש ועיין שם במפרש לסה' פ"מ שם הנה הרואה יראה בהדיי' דמחבר מהירוש' דבנפש דהחזקה דהחזיק המחזיק הוא רעועה דלא ידע במילי דאבוה עכ"ז כל דלא אייתי סהדי דמת אביו מתוכה לא מפקינן מיניה דמחזיק וכן ראיתי להרב המבי"ט ח"ב סימן קי"ח הביא דבריו הרב הכנה"ג שם סימן קמ"ו הגב"י אות י"ב וז"ל עוד אני אומר דכשם דצריך להביא ראיה דהוא יורש כמ"ש המפרשים ה"נ צריך להביא ראיה דהיתה הקרק' של מורישו בשעה דמת דאעפ"י דמביא ראיה היורש דהיתה של אביו בחייו אפשר דמכרו או נתנו אביו קודם מיתתו יע"ש הרי דפשיטא ליה להרב המבי"ט כמ"ש

והגם דהרב ז"ל תלה האי סברא בדעתו ז"ל הנה אנן בדידן דעת הרב ז"ל אשרנוהי וקימנוהי מדברי הרשב"א והרמ"ה והנה הנם סמוכים על לשון הירושלמי ועי' להרמב"ן שם בחי' דל"א גבי זה אומר של אבותי ומעתה כפי זה שכתבנו לא דמיא כלל להביא דמהרש"ך דהתם הירושה הלא בודאי ע"כ האחים וב' האחים שהחזיקו ואח"ך מכרו לאחרים אי לא שהניא חזקתייהו מרו"ש נגד אחיהם ליכא למי' טוענין ללוקח כמ"ש מהרש"ך

אכא דלכאורה עומד לנגדינו תשו' הרא"ש הנז"ל דבנדון הרא"ש אין המערער הביא ראיה איך מת מורישו מתוך הבתים אלא דזקינו לוי ליתו זה ס' שנה מי יששכר ולא עוד והכי מתברר מדטען יהודה שירשה ראובן שטר מכר או מתנה מלוי זקינו מוכרח דלא אייתי יהודה עדים איך מת לוי זקינו מתוכם של הבתים וא"כ איך כתב הרא"ש שם דצריך ראובן המחזיק להביא עדים איך שמוכר שמעון דמכרו לו דר בבתים יום אחד דמוכח דאם לא הביא עדים ראובן מדירת שמעון אין טענ' ראובן טענה וזוכה יהודה בטענתו ושלא כפי מש' מתורתן של הראשונים ז"ל כל דלא אייתי היורש ראיה דמת אביו מתוכה מוקמינן ליה בידיה דמחזיק וכע"ה הדבר צריך אלא תלמוד עוד הביא עד אחד שמעון המחזי' והעיד בפני ב"ד איך העד הוא היה שוכר בחנות נו' דלקחה בשכירות מיד זקינו של ראובן ואחר פטירתו של המשכיר היה פורע דמי השכירות ליד אלמנת המשכיר ואחר פטירת האלמנה היה פורע השוכר נו' השכירות ליד בתה של המשכיר היא האשה המוכרת וכמה שנים כמו יו"ד שנים לקחה דמי השכירות בתה של המשכיר ואביו של ראובן היה קיים באותו פרק באותו זמן ולא מיחה ולא ביטא בשפתיו לומר ע"מ ועל מה לוקחת אותה דמי השכירו' כי לו משפט הירוש' דבן קודם לבת א"כ נמצא זכאי ש'בדינו אף לדיע' הרא"ש דבעי ראי' איך דר ביה המוכר יום א' הנה דלא אייתי סהדי דמת מתוכה וכנז"ל ומהודעתא איך מעשה הלז בא לפני ב"ד הצדק של הרב המובהק מהר"ח עובדיה כהן ס"ט ודיינין שתיכן עלוסי ודנו הם כמו שכתבתי דזכה ש' המחזיק בחנות הנז' והנלע"ד כתבתי פי המדבר

הצעיר **אליעזר**
די טולידו

סימן נב

שאלה ראובן בעודו בריא נדבה רוחו לעלות אל ארץ ישראל ופיזר מממונו לאחרים וחייב את עצמו מעכשיו איך הוא חייב ס"מ להקד"ש פ' וס"מ להקדש פ' וס"מ לפ' וס"מ לפלוני ונתחייב לפורעם בשאק"מ ומסר את השטרי החיובים הנז' ביד המורשים שלו וצוה למורשים הנז' בבא עת שמועתו מהתם להכא יפרעו מנכסיו שהניח ביד המורשי' הנז' לתת לכל איש ואיש אשר נקבו בשמות בשטר החיובי' הנז' חלקו לכל א' וא' ולהקדשות כפי חלק' ועוד מסר ראובן הנז' ביד המורשים הנז' פתקא אחת שהי' כתוב בו כל מאי דאית ליה ביד אחרים וביד נכרים העומדי' לריוח מיום ועלו סך ס' וכנגדם כתוב איך כל הסך הנז' הוא סך החיובי' לפ' ס"מ כו' ולהקדשות כו' שעולה כל החיובי' נו' לסך ההוא וזה כתוב בפתקא ההיא קיום ב"ד שמעידי' איך כל נכסי ראו' אשר יש לו ביד אחרי' הוא הסך הכל ולא נשאר לו ביד אחרים שום פרוטה יותר מזה עכ"ל הפתקא ועתה לשאול הגיענו דכבר בא השמועה שמת ראו' מה יהיה משפטו ודינו של שטר חיובא דנא יורנו מורינו כו' .

תשובה לכאורה נראה דשטר חיובא דנא מבוטל הוא מעיקרו יען דלא כתיב ביה כתבוה בשוקא כו' וכבר נודע אליבא מאי דהביא הרב ד"א בזכרונותיו דברי הרא"ה והביא' הר"ן והריטב"א פ' הנזיקין דנ"ה וז"ל שמתחייב לחברו מתנ' שיהא וצריך למכתב כתבוה בשוקא כו' וליכא למשמך אאחריות שבה אלא א"כ מוסי' כו' או שמשעבד לו נכסיו שקנה ודיקנ' ואפשר לומר דהשתא כיון דנהיגי למכתב הכי אפי' בכי הא לא סגי עכ"ל והריטב"א הוסי' אחר שכ' ואפשר לומר כו' ולזה דעת ר' נוטה וא"כ אף דכתוב בשטרא דנא שעבוד ואחריות שקנה כו' מ"מ כיון דמנהגינו הכי ואין שטר דלא כתבי הכי א"כ ליכא הוספה כלל וממילא מתבטל השטר ואף דאיכא כמה פוסקים דס"ל דהאידנ' דנהיגי לכ' בכל השטרו' כתבוהו בשוקא כו' הוי כאילו כתבוהו מ"מ מידי פלוגתא לא נפקא כאשר עינינו חזינ' משרי' לפר' הכנה"ג סי' רנ"ב הגה"ט אות כ"ל וכ"ה ועיי' שם אות י"ג י"ד והגב"י אות י"ב י"ג י"ד י"ח י"ט ד' ובתשו' סי' ע"ו ומכל המקומו' הללו ירא' המעיין דאין כח ביד המקבלי מתנ' להוציא מיד יורשי ראו'

אמנם יר' לע"ד דבנ"ד לא שייך לומר דהוי מתנה טמירתא דהא גילה בשפתיו

ראונן וכה אמר למורשים שלו דבנא עת שמועתו יפרעו חלקו וזכותו של כל א' ואחד ואם לא היה בדעתו של ר' לתת מתנה כללוהא ראיה דלא ציוה לשם כתבוהו כו' איך מלוה למורשים על נכסיו שבידם לתת לאנשי' אשר נקבו בשמות בשטר היוצים חלקם וזכותם ועוד איכא הוכחה אחריתי והכי שמעתיו מפי הח"הש והכו' כמה"ר אברהם הלוי נר"ו כיון דר' נו' בא לב"ד עם המורשי' הנו' כדי שלא יהיה ליורשי ר' פתחון פה על המורשים יותר ממה שכתוב בשטר היוצים הנו' הניה לכם מורישנו הולרך לנו לפני ב"ד ואמר לב"ד כתבו לי אשרתא מחתימת ידייכו על פתקא דנא שכתבתי איך לא נשאר לי מאומה זולת סך פ' וכנגדם הנה נתחייבתי לפ' ולפ' ס"מ כו' ואם לא היה בדעתו ליתן ברצון נפשו איך בא לב"ד ביד רמה והפתקא בידו שירא ב"ד איך לא נשאר כו' ועיין להרב ידמ"ה הנ"מ בחשו' סימן כ"ג נמלא מוב שכתבתי דשפיר זכו מקבלי מתנה דנא הגם דלא כתיב בגוויה כתבוהו כו' (והכי דן דינא הרב אמחבר לעיל סי' י"ב מעין נדון זה דזכה המקבל מתנה הגם דלא בא במכתב בשטר החיוב כתבוהו בשוקא כו' והביא דברי הרא"ה הנז"ל המובאים כאן ושוב לידד לזכות מהך טעמא דאיכא הוכחה דנתכוון הנותן לתת מרצונו וכמ"ש כאן רבי' המחבר ז"ל

האמנם חזינא בשטר' דנא ריעות' אחריתי דשטר מתנה דנא לא הגיע ליד

מקבלי מתנה אלא עתה יוצא מתחת יד המורשים ובאנו למחלוקת הא' אי בעינן מטא שטרא לידיה דמקבל מתנה אף בשטרי קנין עיין להרב כנ"הג סימן ט"ל הגב"י אות פ"ב ובתשו' ח"ב סימן מ"ב שכתב וז"ל ובלא"ה כיון דאיכא פלוגת' דרבוותא מלי המוחז' לו' קי"ל וכן הסכמו רבני אחרונים יעויין להרב דב"מ ה"מ דקי"ג ע"א וע"ב אדמת קדש ש"י פרי האדמה ה' זכיה דס"ג זרע אברהם ה"מ סימן ו' דפ"ב ע"ב לב שמח ש"י מש"ש סימן ט"ל הגב"י אות ל"ג ומה שרמזו האחרו' לת' הרב פ"מ ח"א סימן ס"ל דהכי מסכים והולך נזכו' למוחזק עיין לכפ"מ ח"ב דקנ"ז ע"א שכתב וז"ל וס' ר"ח והרי"ף כו' • כבר נידחית ס' זאת וקי"ל למטעסקנין זכה אע"ג דלא מטא שטרא לידיה יע"ש וי"ל דלא דמיין אהדדי • דהביא דח"ב לא הלה זכיית הנותן מעיקרא על שדה מקנה זו לסברא זו דקאי הרב כיון דנעשת הקנין נעשה ע"ש לוי וא"כ לפי רובא דרבוותא דלא בעינן מטא לידיה קנה לוי אלא דלדעת ר"ח והרי"ף לא זכה כיון דלא בא השטר לידו לא מפני כך זכה ר' ואיך שיהיה כבר על"ת הסכמ' האחרו' לו' קי"ל כר"ח והרי"ף וא"כ בנ"ד דשטר היוצים הנו' לא בא ליד מקבלי מתנה מלו היורשים של הנותן לו' קי"ל כר"ח והרי"ף ברם כיון דבשטר דנא כתוב דנשבע הנותן כבר פסק

מהר"י הלוי סימן ס"ג הביא לבריו הכנ"הג סי' רמ"ג הגב"י אות כ"ב וכן הסכים בתשו' הנו' דמ"ג ע"א בפשי' וש' הנהו תרי רבנן לא חש להו הכנ"הג אפי' לרמז בעלמא משום דס"ל דלא באו לחלו' על מהר"י הלוי אלא כמו שכתבו ועל ענין השבועה אני חוכך כו' גם הרב נאמן שמואל בתשו' סי' ק"י דקס"ג ע"ד דהלין בהדייהו לא חילק על מהר"י הלוי גם הרב מהרי דאתרין בס' ידמ"ה ה"מ סי' ן' כתב בפשיטות ס' מהר"י הלוי לענין דינא בלתי שום מחלוקת יע"ש

אמנם רואה אני לכאורה דאיכא למשדי נרגא בדברי הרב מהר"י הלוי דהא

כל חיליה של הר' מהר"י הלוי דעליו בנה יסודו הוא מטעם דס' ר"ח והרי"ף דאמרי דבעינן מטא שטרא לידו היינו משום דחיישינן שמא נמלך וכמ"ש הרמב"ם וכיון דנשבע תו ליכא למיחש אחר כך דנמלך דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן וכיון דנשבע הגלאי מילתא למפרע דאינו רוצה להתחרט יע"ש דקל"ג ע"ב ואנן בדידן ראינו דאין הטעם של ר"ח והרי"ף ז"ל כדבעי למימר מר אלא טעמייהו של ר"ח והרי"ף הוא משום דחיישינן שמא לא גמר להקנות אלא בשטר דבשלמא היכא דהמתנה הוא בשט' קניה וליכא קנין אחר בהם איכא למימר דכיון דלא נתנם נמלך ולא רצה למוסרו אמנם היכא דהמתנה היא נבריא בקנין או בש"מ מטעם דדברי ש"מ כו' דנמלא דהכ' גמר לבריו של הש"מ ובבריא בגמר הקנין נגמר הענין ותו לא לריך ליכא למיחש אלא שמא לא גמר להקנות אלא בשטר והכי השמיענו הרמ"ה ז"ל בחי' לבתרא פ' י"ן דקע"ו ונ"ד מן הס' אלא דבדברי' היכא דאיכא קנין פליג על ר"ח והרי"ף יע"ש וע' לרשב"ם ולהר' הנמק"י דפירשו בהדי' דטעמא דמתני' דדייתיקי דאינה כלום משום דלא גמר להקנות אלא בשט' וכיון דהרי"ף מפרש מתני' דדייתיקי אף בקנין ומטעם דשמא לא גמר להקנות אלא בשטר אזדא ליה לכאור' טעמו של מהר"י הלוי דאחזוקי כו' דהא כיון דעדיין לא גמר להקנות אלא בהגעת שטר מתנה ליד המקב' כפי' ס' ר"ח והרי"ף ובלתי ביאת השטר לא גמר להקנות ואפי' בקנין א"כ הגם דנשבע לקיים המתנה אין כוונתו אלא לכשיהיה חלה המתנה בהגע' השטר לידו של מקבל כפי דעתו דלא גמר להקנות אלא בשטר ולא גמר לשקנות בקנין לבד אלא בהלטרפות שניהם יחד קנין ושטר נשבע ע"ז לקיימה ואיןספק אללי דזהו דעתם של הנהו תרי רבנן וזהו כוונתם ולדקו דבריהם לדמות נדונם לכלל מהריב"ל אלא שקלרו דבריהם עד מאד ומה שהביא מהר"י הלוי ז"ל ראיה מדברי הרמב"ם המעיין יראה דאין כאן ראיה דהרמב"ם לא איירי אלא היכא דכתוב בשטר מתנה דהקנין היה ליפות כחו ולא שייך הטעם דשמא לא גמר להקנות אלא בשטר אלא הטעם דילמא נמלך ומה שנקט הרמב"ם בפ"ה הל' יו"ד טעם שמא לא גמר

גמר להקנות אלא בשטר משום דלא היה הקנין ליפות כחו ואיגרא דהתם לא שייך כטעם דשמא נמלך משום דהשטר יוצא מתחת יד המקבל

באופן דלפמ"ש יראה המעיין דאין טעמו של מהר"י הלוי ז"ל מספיק להוציא ממון מיד המוחזק ועי' להרב פרי האדמה שם דנדון דידי' היה שבועה ונשא ונתן הרב מחלוקת ר"ח והרי"ף גם הרב המבי"ט ח"א סימן פר"א היה כתוב בשטר נשבע וביטל כל המודעות כו' ונשא ונתן הרב ס' ר"ח והרי"ף ואיברא דמודינא דמתשו' המבי"ט ליכא ראיה הואכת דפליג על מהר"י הלוי ז"ל דדילמא השבו' היה דוקא לבטל המודעות והכי ריהטא דליטנא ׳

אמנם כיון דבנ"ד לוה למורשים שיתנו חלקו של כל אחד ואחד תכף ביאת השמוע' וכמ"ש נמלא דליכא לאסתפוקי בדעתו של נותן דדילמא לא גמר להקנות אלא בשטר ולא רצה למוסרו להם למקבלי מתנה השטר אלא נתנו ביד המורשי' ולא בידם דא"כ על מה ועל מה מלוה להם שיפרעו להם חובו שנתחייב להם כיון דאין שטר לאח"מ ולא וכו כפי דעתו אלא ודאי דלא עלה ע"ל דלא יזכו מטעת הקנין אלא בהלטרפות שניה' גם יחד אלא דעתיה ללולה דהחיוב יהיה מטעת הקנין לגמרי והשטר לא כתביה אלא לראיה להוליא מידם של היורשים

הכלל העולה מכל הדרוש בכתב דמחוייבים לתת לכל אחד חלקו כפי אשר לוה הנותן למורשים וכמ"ש והנלע"ד כתבתי הרם בשעת מעשה פשרנו להם אני והחכ' הש' והכולל כמוהרר"א הלוי נר"ו באופן נאות כדי שלא לפוטרו ליורשמה"ת בלא כלום פי המדבר

הלעיר **אליעזר**
די טולידו

סימן ג"ן

שאלה ראובן העביר ביתו בפנקס הגאקו' ע"ש שמעון לסיבת מה וכתב שמעון שטר אמנה לראובן וכתוב בשטר אמנה דכל עת וזמן שתדרוש אתה או ב"ך ממני או מב"ך שאעביר ואכתו' הבית בחוג"יט כוואקו"ף ע"ש או ע"ש ב"ך הנה נתחייבתי בח"ג ע"כ בש"א וגם נתחייבתי לב"ך להעבי' ולהכתיב כו'ולקיוס כל הנז"ל נשבע שמעון ה"ה ע"ל כו' עכ"ל השטר והנה שאל שאלתים הבוא אי אלי' כחו לכוף לב"ך של שמעון שיכתבו הבית ע"ש ר'מכח השטר להייב שמעון את ב"ך או לא ויבא שכמ"ה ׳

תשובה זו אינה לריכה לפנים אי מטעמא דהאי שטרא חספא בעלמא הוא דבמה חייב את ב"ך והלא הוא עלמו לאו בר חיובא הוא אלא מכח אריא דשבועה וכי תימא הרי כתב הרב פ"מ ח"ב סימן ע"ו משם מהרימ"ט וז"ל ואף כי ראיתי למהרימ"ט שהיה חולק על ס' מהר"י באסן והוא מחייב לבת לעשות פ'ירג'יט שחלק הכתוב על שם הבן הנה אין כסף מדין השבת אבידה יע"ש וכיון דכן גם בנ"ד אף דכפי נוסחת השטר המולג בשאלה מנא שוייה לחיוביה לב"ך של שמעון מ"מ לפום דינא מדין השבת אבידה דהשמיענו מהרימ"ט שפיר מחייבי ב"כ של שמעון להכתיב הבית ע"ש ראובן

הא לא מכרעא מתרי טעמי חדא דהא חלקו עליו חביריו על סברת מהרימ"ט הלא הוא מהר"י באסן ז"ל דהוא פטר לבנו' להעביר הקרקעות ע"ש אחיהם בפנקס המוטיב'ילי אם לא שירלו אותם ברלי כסף כדין ש"ש וכבר כתב הרב מהר"א אלפ'אנדארי בס' אליהו רבא סוס"י ע"ו דנהגו כל הבאים אחריו לפטור לבנות כס' מהר"י באסן ז"ל יע"ש אמור מעתה דגם בנ"ד פטירי ב"כ של שמעון להכתיב הבית ע"ש ראובן

עוד אחרת איכא בנ"ד דמודה ובא גם הרב מהרימ"ט וזוא דהרב פ"מ ח"ב סימן פ"א נשאל הרב כעין נ"ד דמת שמעון ובא ראובן ותבע מאת ב"ך של שמעון שיעשו לו שטר חוג"יט בפנקס המוטיב"ילי ובאו בטענה שמא היום או למחר יקום איזה מערער על הבית ובסוף'הלב' שאני מכרתי אותה עליה דידי הדר המערע' והשיב הרב הגם דנעשה הדבר בידיעת שמעון עם כל זה שייך הטעם שאמרו בגמרא דלא קריכו בעינא כו'ואין לכוף ליורשי שמעון לעשו'שטר וחוגי"ט ואי מטעמא דטענו שהיא טענה כראי חולק דחיישי למערער כו' ובסו"ל כתב דהדין פשוט שלא לחייבם ליורשי שמעון יע"ש ולכאורה יש לעמוד על רוחב בינתו של הרב פ"מ דהא איכא מקום לחיובינהו ליורשי שמעון מדין השבת אבידה וכפסקו של מהרימ"ט ואי משום דכבר פשטה ההוראה לדון כס' מהר"י באסן מ"מ לאו אורחיה של הרב פ"מ לכתוב הדין פשוט בדבר דר'גוברים בר פלוגתי'הוא הרב מהרימ"ט ואי הרב שמקעל טענת של הערעור גם בדין הבנות שכתב מהרימ"ט לפוטרו מהאי עעמא אף דלא טענו אלא

אלו מילי דהדר ... בין מילתא דר"ן להאי דמהרימ"ט דהאי נדון והרב כ"מ דסימן כ"א וכן נ"ל דאיהו ניהו ר' הבעל הבית שהשבית עצמו לספק אבידה להכתיב מהונו על שם אחרים דאיתיה תחת ההפקרות ע"י שהשביל לבא לש' אבידה אשר מהאי טעמא נמי מדלא הוצרך הרב פ"מ להעלות על דל שפתיו סברתו של הרב מהרימ"ט ז"ל ·

ומעתה גנ"ד נמי אין ב"ד כופין ליורשי ש' להשיב הבית על שם ר' וכאמור דאף הרב מהרימ"ט מודה ובא דלא שייכא בכה"ג הטעם של השבת אבידה כלל וכאמור הנלע"ד כתבתי כי הנה

הרב **אליעזר**

די טולידו

סימן נ"ד

שאלה מאי שטרא דהוה כתיב ביה וז"ל לפ"ע ה"מ באו פ' ואשתו ואמר לנו הוו עלי ע"ג וקנו כו' שאנו מקנים ד' אמות קרקע כו' לפ' ופ' ואגבן אנו ממנים אותם מורשים גמורים לבקש ולהשגיח על כל הקירי"ם דאית לנו במולקי' לונות רוהל ו הקיירא"נ'י הדרים במולקי הנו' ולגבות לידינו כו' ורצה במנו ידי המורשים כידינו וכחם ככחינו כו' ויך יאמרו להמורשים הנז' זילו דונו וכו לעצמכם כו' ונתחייבנו האשה ובעלה שלא לבטל ההרשאה דנא כו' ונברר הדבר מעכ'והוא שאשה נעדרה קודם אשר שילחו המורשים ש"מ והכרו ואם היה נעדרת האשה שישלחו לפ' ש"מ והיה כל הנוהר מהקיר"ים יהיה לצורך הוצאות מירימיש כו' עד מימוחו שניהם כו'ולקיים כל הנז"ל קנינו מיד כו' ולאלומי מלתא נקיים כל מ"ש בשטר ההרשאה דנא קנינו ג"כ מיד ב' בניהם הרי פ'ופ' עכ"ל השטר ונאה השמועה דמת אביהם ובאו בניו לסלק המורשי'הנז' באמרם דהנה הנם רוצים ליטפל ובניית דמי הקירות כאדם העושה בשלו והנה הנם מוכנים להלוה למרת אמם הכסף הצריך מר אביהם ובנ הוצאו'הם רימיט המה יוציאו ע"י כאשר היתה נאמנה ביד המורשים והמורשי'טועני'דלאו כל כמיני' ש' היורשים ואין ידם משגת להוציאם מההרשאה ההרשה מות אביהם עד יאור מיתה הרן כבהם יורנו מורינו ורבינו מהמצוי ודינו

תשובה לפום ריהטא נרא' דמכיר קא טעין היורשי' דכבר נודע פלוגתא'דרבוותא אי מיתה מבטלת הרשא'דדעת רא"ן ומהרי"ח ודעי' קיימי בביעא ההת דאין מיתה מבטלת הרשא'ואמנם דעת הריטב"א פ"ק דקידושין די"ט והרמ"ה ור"ב והרא"ש ודעי' דמיתה מבטלת הרשא' וכבר נקבלו באו כדמותם כללם הביאם הש"ך סי' קכ"ב ס"ק ה' וכיון דהיורשים מוחזקים דמאחר דמת נפלו נכסי קמי יתמי מצו למי' קי"ל ככת הסוברים דההרשא' מבוטלת במית'המרשה וכ"ש לפי מ"ש הש"ך שם וז"ל ומשמע דהיורשים פשיטא דיכולין לבטל וכ"כ מהרי"ו דאע"ג דהרשאה מהני אפי' אי שכיב מרשה הנ"מ לגבי אינש אחרינא כו' אבל יורש גופא הוא מבטל ההרשאה עכ"ל · הרי בהדיא דע"כ לא פליגי אי מיתה מבטלת הרשאה או לא אלא דוקא בדליכא גילוי דעת מהיורש ברם היכא דבירר דעתו דאינו רוצה כלל בהרשאת מורישיו בהא ליכא מאן דפליג דההרשאה קיימת ואיברא דהרא"ב"ד הביא דבריו הרב בא"ז פ' הגזל וז"ל וכ' הרא"ב"ד ומסקנ' דמקנה להו באגב בתורת הרשאה דכתיב ליה זיל דון כו' ואע"ג דהאי לישנא עביד ליה שליח' ה"מ לגבי בעל הפקדון כו' אבל לגבי יורש כיון דאיהו לא אפקן יורש נמי לא מצי מפיק ליה דהאי לישנא משמע לישנא דשליחותא ומשמע לישנא דאקניית'ואי טעין אבוהי מ"ל אנא לגבי איכוונו אבל יורש לא מצי טעין יע"ש

שמעינן מדברי הרא"ב"ד הללו דל"מ דאין מיתה מבטלת הרשאה בסתמא הלא אפי' בא בטענה דאינו רוצה בהרשאת המורי' לאו כל כמיניה ושלא כדעת מהרי"ו והרב ש"ך ז"ל ודברי הרא"ב"ד שהביא הטור דכתב הרא"ב"ד דאם מת המרש' קודם שהגיע הממון ליד המורשה לא נתבטלה הרשאתו יעי"ש מדכתב הטור ע"ד הרמ"ה וכן כתב הרא"ב"ד מריהטא דלישנא משמע דלא כתב הרא"ב"ד דלא נתבטלה ההרשאה אלא מטעם דלא אתבר'מיתת המרשה ומוקמינן ליה בחזקת בריא כדמעיקר'וכדברי הרמ"ה דכתב דכל דנתברר דנתבע במיתתו קודם שנתן הממון מתחת ידו פטור הנתבע וטעמא דאמדיה על חזקת חי דמעיקרא וכן ראיתי להרב ב"ח שכתב דגם הרא"ב"ד לא כתב דבמת לא נתבטלה ההרשאה אלא היכא דלא ידע שמת ונתן הממון כו' אבל בידע דמת לא יתן ליד השליח אלא ליד היורשים וכדברי הרמ"ה עכ"ל

הרי לך ממשמעות דברי הטור בשבנת דברי הרא"ב"ד דלא כמ"ש הרב בא"ז גם דברי הרמ"ה ז"ל כפי לשונו שהעתיק הרב בא"ז שם תורה יוצאה דבהרשאה הגם דכתיב ביה זיל דון כו' אם מת המורשה מקמיה דמטו לידיה דשליח מחייב לוה לשלם ליתמי וזולת היכא דאקנינהו מלוה ללוה אגב ארעא דאע"ג דמית מארי זוזי מקמי הכי פטור יע"ש

הנה מפורש יוצא דלא מחלקינן בין ידע או לא ידע אלא בכל גוונא כל דלא הקנה לו אגב קרקע מחייב הלוה לשלם ליתמי ואי הרמ"ה קאי בדאקנינהו וכמשמעות דברי הטור ונאמ' דדברי הרמ"ה המובא בהרב בא"ז היינו נמי בדלא ידע וזה שלא כדברי מרן ב"י שכתב ויותר נראה כו' דהרמ"ה מחלק בין ידע ובין לא ידע היכא דלא אקנינהו באגב יע"ש

ואחר ההיפוש ראיתי להרא"ב"ד בס' ת"ד סי' ס"א די"ג ע"א וב' רמזו הר'כנה"ג וז"ל הילכך כיון דהאי הרשא'כתיב ביה לשון הקנאה לא מצי למדחייה אלא בטענ' חורה ולא בטענת בריא מיתה בטענת חזרה כו' לא מצי למדחייה בטענ'שמא בטענ'מיתה נמי ל"מ למדחייה דכל זמן דלא אתברר מלת' כו' יע"ש דבריו והנראה בבונת

נכונת דבריו לפום פשטן דהורה ומיתה שקולים הם ובשניהם לא מצי לדחות הלוה את המורש בטענת שמת אלא היכא דהוברר בדוקא וא"כ הוי היפך דבריו דהביא הרב בא"ו הנז"ל ולפ"ז הורה יוצאה מדברי הראב"ד הללו דהיכא דודאי מת המרשה מצי היורש לבטולי ההרשאה וכש' הרב ש"ך ומהרי"ז שהביא הר' ש"ך אלא דהרואה יראה בתשו' מהרי"ו גופיה דאין שייכות כלל עם האי דינא אם היורשים יכולין לבטל דשניא נדון מהרי"ו דתביעת וטענת המורשה הוא היורש גופיה דליכא יורש אחריתי אלא הוא דאז שייך למימר ליהוא דמאן דקא עביד המורשה יע"ש ולעולם אימא לך דאין היורש מצי לבטל

ואיך שיהיה הדרן למאי דכתיבנא לעיל דמצו היורשים לומר קי"ל ככת הפוסקים השוברים דמיתה מבטלת הרשאה וכי אימא ע"כ לא אמרו הכי דמיתה מבטלת הרשאה היינו דוקא היכ' דלא גילה דעתו המרשה אמנם היכא דאיכא גילוי דעת של המרשה בהנחתן של המורשים שרוצ' למנחינהו אף לאחר העדרו הגם דלפום דינא כמת נפלו נכסי קמי יתמי ואינהו מקרו בעלי הממון ולא הוה דכבר נתרוקן וכותו מ"מ משום מצוה לקיים דברי המת לא מצו למהות ביד המורשה ומנא אמינא לה האי סברא דיש כח באב בעודו הי למנוע ירושת בניו אחר מיתת המורים עד עידן ועידנין ממ"ש הר"ן ס"פ פ' מציא' האשה גבי מימרא דרפרס דהביא תלמודא דע"כ לא אמרו הפעוטות מקחן מקח היינו כשאין להם אפוטרו' כתב וז"ל אבל בגדול דיש לו אפוטרו' כגון שמינהו אביו עד שיהיה בן ך' שנה כו' שאין אפוטרו' רשאי לתתם לו משום מצוה לקיים דברי המת יע"ש וכ"כ שם הרב בה"ז משם הריב"ש וז"ל אבל בגדול דיש לו אפוטרופוס כמו שרגילים לפעמים שממנה אביהם אפוטרו' עד שיהא בן ך' כו' ולא עוד אלא אפי' אם קדם היתום ותפס בנכסיו אחר שהוא גדול אין אפוטרופוס מוציא מידו כו' אלא שנעוד שהנכסים ביד האפוטרו' אינו רשאי לתתם לו משום מצוה לקד"ה יע"ש וכ"כ הריטב"א שם יע"ש והנה הנם דברי הרמב"ם סוף הל' נחלות .
ופסקן הטור ומרן סימן ר"פ דקטן שהגדיל כו' אין ב"ד מונעים ממנו את ממונו אלא א"כ צוה המורים שלא יתנו עד זמן פלוני יע"ש והגם דלא הראו לנו הראשונים ז"ל מקור דין זה בתלמודא מ"מ מריהטא דסוגיא ד' אותה ברייתא דתני האומר שקל לבני כו' ואם אמר לא תתנו אלא שקל אין נותנים אלא שקל ופרש"י דלא עשאן יורשים אלא בעניין זה ומשמעות הברייתא סתמא משמע בין קטנים בין גדולים ושמי בידיה של אב למנוע ירושתן של יורשיו עד זמן כפי רצונו של המורים וטעמא משום מצוה לקד"ה וכמו שאמרו בגמ' שם וכבר כתבו הראשונים שם בסוגין דהאי דינא דמצוה לקד"ה הוי אפי' בבריא כדמוכח מאות' סוגיא דסוף פ"ק דגטין וכיון דבנ"ד כבר גילה דעתו בהדי' דהרשאתו של המורשים הוא אפילו לאחר מיתתו של המרשה שיהגיהו על נכסיו ויגבו מעות השכי' וישלחו לאשתו כו והגם דלפום דינא מאחר דמת המורי' כבר קמו הנכסים ברשותם של היורשים דהאלמנה אינה אלא בע"ח מ"מ משום מצוה לקיים ד"ה אפי' בבריא מחייבי הבנים לקיים דברי אביהם דביטא בשפתיו דהרשאתו יהיה אפי' אחר העדרו מן העולם דכב' נפלו הנכסים קמי יורשיו ונתרוקן וכותו עכ"ז הרשאתו תהיה מקויימת וכיון שכן מגן שויא טענתייהו של היורשים

אפא דהא נמי לא מכרעה לגרוע כחן של היורשים הבאים בשאלה מהך טעמא דמצו' לקיים ד"ה דהא כבר נודע כמה מן הראשונים ז"ל דקיימי בשיטת ר"ת דאסברא לן והביאוהו התוס' פ' מציאה ופ"ק דגטין והר"ן שם דלא אמרו הך דינא דמצוה לקיים ד"ה אלא כשמוציא הדבר מרשותו ומניחו ביד אחרים לשם צואתו כו' אמנם בדבר דלא שייך משי' כגון קרקע או שהיו הנכסים מאז מקדם ביד המורשה או ביד אחרים כגון דא לא אמרינן מצוה לקיים ד"ה אלא דהרמב"ן חלק על ס' ר"ת הלזו מהתוספת' דקתני קרקע והרב בא"ז שם בכתובות הביא משם הריב"ש של' משם רבו ז"ל וז"ל עוד כתב מורי ז"ל שאם הניח אביו קרקעות הרי הם בחזקת היתום מיד כשהגדיל דקרקע בחזקת בעליו עומד ואי אפשר שום אדם יהא לו תפיסה בהן אלא מי שהם שלו כו' ואע"ג שהאב מינהו בפי' על הקרקעות עכ"ל וא"כ מצו היורשים לו' קי"ל כשיטת הראשונים השוברי' דהיכא דלא היתה הוצאה מרשו' המרשה לרשות המורשה לא שייכא בלה"ג מצוה לקיים דברי המת וע' בתשו' הרב משאת משה ח"מ סימן א' דכתב דמצו היורשים לומר קי"ל דבקרקע לא שייך דינא דמצוה לקיים ד"ה יעו"ש וראיתי להרב הכנה"ג בתשו' ח"מ סימן רי"ו דכתב דלכאורה דברי רי"ו ז"ל שכתב וז"ל
כתבו הפוסקים דאם מינה אב אפוטרופוס לגדו' דיכולים לומר אין אנו צריכים אפוטרו' ומוציאין מתחת ידו ונותני אם השלים ממון בידו יע"ד לעשות כך וכך משום מצוה לקיים ד"ה יע"ש חולק ע"ד הרא' הראשונים ז"ל כו' אם לא שנאמר דהראשוני' מדברי' כשמינה המורים אפוטרופוס' בעודו הבן קטן ולזה שימשיך אפוטרו' עד זמן מה אז מיגו דהאנית אפוטרופוס לזמן קטן אהני נמי לזמן שהוא גדול ודברי רי"ו הוא כשהמינוי הוא בשעה שהוא גדול כו' יע"ש

ולא ידעתי מאי קא מתמה הרב ז"ל לדברי רי"ו מוקשין ועומדין עם פסקן של הא' ז"ל דהא דברי הראשונים ודברי רי"ו דא ודא אחת היא דהא הר"ן והרא"ה והריטב"א הנז"ל כלהו תלו טעמא ופירשו לדבריהם בהדיא משום מצוה לקיים ד"ה והיא היא טעמו של רי"ו שכתב אם השלי' כו' ע"ד כו' כשיטת ר"ת ודעימיה הנז"ל דאז נאמ' מצו' לקיים ד"ה והגם דהרמב"ם והטור ומרן דפסקו דקטן כו' כנז"ל לא פירשו דבריהם שהוא משום מצוה לקי' ד"ה לא מכרעא דסתמו כפירשו ואי לא טעמא מאי דשמ' בידיה דאב לגרוע נחלתם ומסוגיא דהאומר שקל לבני מוכחא דדוקא משום מצוה לקד"ה הוא דאמרינן דדבריו קיימין הא לאו הכי לאו כל כמיניה דאב להיות דבריו קיימים לגרוע זכותם וגם דברי המבי"ט הביאם שם הר' כנה"ג שכתב שום פוסק לא יסבור ס' רי"ו ז"ל דבריו שנבו ממני והנלע"ד כתבתי

הצעיר **אליעזר די טולידו**

סימן נה

על אשה שנתערבה בעד בעלה אי צריך טענת נחת רוח כו' עיין להרב כנה"ג ח"ה סימן פ' אות ע"ו דהביא מחלוקת הרב בעה"ת והרמב"ן ודעת הרא"ש ומוהר"ר יצחק ן' לב דבערבות ליכא טענת נ"ר יעו"ש ומתשו' מהרשד"ם ח"מ סימן ר"ו מוכח דס"ל כדעת הרב בעה"ת דאיכא טענה דנ"ר דכתב על אשה ערבנית באופן דלא מניא לטעון נחת רוח גם מתשו' הרב משפט צדק ח"ח סימן מ"ב משמ' דהכי ס"ל יעו"ש ועי' להר' כנה"ג ח"מ סוף סי' ע"ו וסימן קי"א ומשכחת הרב כנה"ג דהרשד"ם ס"ל כהרב בעה"ת הדר ביה והודה לדברי הרמב"ן הרי מתשו' כלו דסימן ר"ו הוי להכך

סימן נו

שאלה ראובן שהיה לו זהב לגבות מעיר לארסו ותילה פני שמעון הדר שם שיגבהו ע"י וישלחם לעיר קוסטא ע"י איש נאמן וכן עשה שמעון שגבה ס"ח מהזהב ושלחו ע"י לוי שהיה הולך לקוסטא יע"א וכשבא לוי לעיר קוסטא בא ראובן לתבוע פקדונו מיד לוי השיב לוי דנאבדו בדרך עם מעותיו שהיה לו בכיס וזה יען דכשמסר ש' הפקדון היה היה לוי בפ'הנסיינ' אשר מטעם זה הולרך ליתנם בכיס המעות שהניח לעצמו להולאת הדרך ובאמצעות הדרך הולרך להוליא מעות ולא ידע אם הניח הכיס בקונג'ובי דהוא מקום שמירה או אם הניחה בחיקו שאינו מקום שמירה ומכח זה נאבד שהוא עלול אחד מקום היקו של אדם לאבידה ע"י מכמום היד להוליאת סודרו ולאו אדעתי' בכיס המונח שם ובאו שאלנו ללוי כמה זהובים היה הפקדון דנמסר לידך משמעון והשיב שהיה ס"ח ועל זה שאלנו ללוי איך קדמה לך ידיעה מזה אם לא דפתח'צרור הזהובים שהיה קשור בקשר אמי' וע"ז השיב לוי דקדמה לו ידיעה ע"י דבעיקן אבידת הכיס נלטע' מהד הולי שיה סך גדול ופתח האגרת שמסר לידו שמעון וראה הסך שכתוב באגרת ולשאול שגיעו לפני נ"ד

תשובה לכאורה היה נראה לומר דמאחר דלוי חייב ליסבע שלא פשע דהניח' הכיס בקונג'ובי שלו ולא בחיקו שאינו מקום שמירה ואינו יכול ליסבע דמשלם ודבר זה לימדנו הרב הב"ד סי' שנ"ג והסכימו עמו הרב מהרשד"ם ומהרי"י אדרבי ומהרי"בל ומהרש"ך דנשאל על מי שהפקיד ביד חבירו ס"מ והניחו הנפקד במקום הראוי לשמיר' ואהר זמן פשע דהניח איש נכרי ליכנס שם והסי' הרב ז"ל דהע"ג דטען הנפקד מאן לימא לן דבהיא שעתא דעבר וד בהוכו היה היה הפקדון שם דילמא שמא כבר נגנבו מקדם קדמתה עכ"ז חייב הנפקד מאחר שצריך ליסבע שלא פשע והיאךיכול ליסבע שלא פשע דילמא היה הפקדון תחת המיטה בשעה שנכנס הנכרי שם וכיון דאינו יכול ליסבע משלם יעו"ש ונ"ד עדיפא מההיא דהרב בעל הב"ד דהתם הס' אתיליד בעיקר החיוב דשמא לא היה הפקדון בשעה שנכנס הנכרי שם דכבר נסתלק משומר ומה פשיעה שייך בגויה כרם

בנ"ד הפקדון היה בודאי שם בתוך הכיס בשעה שאתיליד הס' אם הניח הכיס בתוך היקו ומרן בב"י סימן ש"ג כתב וז"ל ונ"ל דאם נכלם דליקה בעיר ונשרפו הפקלים שהיה ש"ש עליהם אם יודע בבירור שנשרפו בשבע שנשרפו ופטור כו' ואם אינו יודע בבירור שנשרפו הרי אינו יכול ליסבע דסמא באו הגויים המחזירים כו' וגנבום משם וכיון דאינו יכול ליסבע משלם ופסקו מור"ם שם סעי' ג' להלכ'

הרי הנה דאונס דשרפה היא ברורה לפניך אשר מטעם זה הולרך הבע"ה לברוח מפני הסכנה הגם דהוק' דאונס הוא דכל עלדקי דאפשר למיעבד לסליל את ממונו ורכושו עביד עכ"ז מאחר דרביע עליה שבועת השומרים דרמי רחמנא עליה ולא מלי ליסבע מחייבינן ליה ומפקינן ממונא מיני' כ"ש וק"ו בנ"ד דהוא גיהו הגורם את עלמו שאינו יכול ליסבע שבועת השומרים דרמי רחמנא עליה שישבע דודאי משלם

וראיתי להרב כנה"ג ח"מ סימן ש"ס הגב"י אות א' דהביא משם מרן בב"י דהקש' ע"ד הרא"ש דסמיך עלה פסקו של הרב תה"ד וז"ל ויש לתמוה אטו משום שמא מחייבינן ליה אדרבה ראוי לומר דכיון דמתה בדרך מסתמא מחמת מלאכה מתה כו' יעו"ש ואני תמיה דאם דברי מרן שהביא הרב כנה"ג הוי כפשטן לא ידעתי מאי קשיא ליה עליה דהרא"ש אטו משום שמא מחייבינן ליה הרי מרן עלמו השמיענו שם סימן ש"ג דשבועת שומרים דרמי רחמנא הוא ליסבע שיודע בבירור גמור אמנם היכא דאינו יודע בירור גמור היכי נאבד מן העולם דבר המופקד אללו מחייבינן ליה משו' שמי' ומפקי' ממונ'הנם דאין השומר גורם את עלמו דלא מלי ליסבע

ואפשר לצדד בדברי מרן ז"ל דכל עיקר תמיהתו אאדרבה קא סמידווהו עיקר קושייתו דמאח' דמתה תכף גמר המלאכה איכי רגלים לדבר דסיבת המיתה היתה משום דלא היתה יכולה לסבול כל כך לא כן בההיא דשרפה דלך אורחייהו של הגויים דמחזירין בבתים מאין אדם לכבר ברחו הבעלי בתים ויהבו דעתייהו עליה'לחפו' ולחור בחורין ובסדקין לגנוב משו' דלזה יהבו דעתייהו מעיקרא וכן ראיתי להרב ש"ך שם סימן ש"מ ס"ק ז' דלידד בדברי מרן בב"ה ז"ל יעו"ש

והנה הלום ראיתי להרב מקור ברוך סימן ב"ן רמזו הרב כנה"ג סימן רל"א הגב"י אות ל"ד דתמה על דברי הרב תרומת הדשן הנ"ל דלמה לא הביא ראיה מתלמוד ערוך פ' המפקיד דאמרי' כל לא ידענא פשיעותא היא והא ודאי דטעמ'הוא משום דאינו יכול ליסבע הואיל ואינו זוכר אנא הניחו הפקדוןדאל"כ למה חייבו כו' אלא ודאי דטעמ' הוא משום דאינו יכול ליסבע דמשלם ועוד יש ראיה ברורה ממאי דאמרינן בבכורות הכל מודים באחד שהפקיד טלה אצל חבירו ומת טלה אחד דמלי למימר ליה שלך מת והמוליא מחבירו עליו הראיה יעו"ש

והרואה יראה דהרב המרחיק דטעמ' דתלמוד' הוא משום דבא בטענה המפקיד עלי'

בודאי ואתה נתחייבת בהשבה מעליא בודאי מאחר דאת יודע בעצמך דלא נגנב ולא עבר בה איש ושינ' לשון הריטב"א שם בפי' המפקיד הביא דבריו הרב בא"ו שם ד' ל"ה וז"ל והריטב"א כתב כל לא ידענ' האי כל לרבות אפי' היכא דאמר יודע אני שהנחתי במקום המשתמר אלא שאיני זכור מקומה דחשיב פשיעה כי היה לו להניחם במקום שיוכל להשיבו למפקיד כשיתבענו ממנו יע"ש גם ר' יהונתן הביא דבריו הרב בא"ו שם למ"ב וז"ל איני זוכר באיזה מקום קברתים כו' והיום או למחר אמצאם ולן רבא שיפל' לו מיד כו' שאעפ"י שלדבריו לא נגנבו סו"ס אבודי' הם לגבי המפקיד יע"ש

הנה למדנו מדברי הראשונים ז"ל דטעמא דתלמודא דחייב הוא משום דלא אפשר ליה לקיים השבה לחוסר הידיעה היא הפשיע' דסו"ס הא מיחסר ליה ממונא מניה דמפקיד לפי טענתיה דנפקד דלא נגנבו וברשותו עדיין אמנם בההי' דהרב תכ"ל לא אפשר ליה למפקיד לבא בטענה ממוני גבך דהא ליתיה גביה ואם נגנבו קודם כניסת אותו הבית הרי נסתלק מצומר אם לא שלן הרב תרומת הדשן להיוצי מטעם דאינו יכול לישבע שבוע' דרמי רחמנא עליה אבל בההיא דבכורות אין כאן פשיעה ולעולם מלי לישבע השבוע' דרמי רחמנא עלי' שלא פשע ושלא שלח כו' אלא דהספק הוא אם הטלה מתת אם הוא הפקדון או אם הוא של בע"ה ולא הוי חוסר הידיע' פשיע' כמו שרצ' להכריח הרב מקור ברוך דאם טעם החיוב מפ' המפקיד הוא מטעמא דהוסר הידיע' היא פשיע' א"כ קשיא הפיא דבכורות דהתם נמי הא הסריט ידיע' של שומר אם גוף דבר הנפקד מיד המפקיד מת או ממונו מת זאיך שיהי' לעיקר דינא כתב שם הרב מקור ברוך וז"ל ועוד אפשר דמעיקרא פשע הנפקד דילמא לא הניחו תחת הארגז במקום שלא יצטרך להוציאו כו' יע"ש ׳

הרי לימדנו הרב דלאו אורחא דאינשי לשמו' פקדון במקום העשוי למיפק ולמשמש בו תמיד כל היום יע"ש בדברי הרב דון מינה לנ"ד שהניח הפקדון בכיס של מעות של הוצאת הדרך אשר רגילות הוא למשמש בכיסו בכל שעה אסר מטעם הלז נאבד הפקדון והגם דסיים הרב מקור ברוך וז"ל אלא דאפשר דאינו פשיעה כו' היינו דוקא מאחר דעיקר הנחת הפקדון הוא מקום מעולה לשמירה דהיינו הארגז בדוכתא שרגיל למצור את שלו ואיכו נמי רגיל את שלו בכךשלא לשגיח מה למעל' ומה למטה מש"ה נסתפק הרב ז"ל לא כן בנ"ד אין הכיס המיוחדת להוצאת הדרך ראוי לשמירה כלל ואיכו נמי הנפקד עיקר ממונו לא מנח ליה בתוך הכיס הלז מאחר דלא כריך ליה להוצאת הדרך אלא מאי דצריך ליה נקיט ליה בכיסיה ומאי דלא צריך ליה מנח ליה בדוכתא אחריתי הראוי לשמירה מאבידה ומשאר מקראים לן כן בכיס המיוחד' להוצאת' הדרך ועי' שמשמש היד בכל שעה ושעה יבא הדב' לידי אבידה וכנודע וכ"כ הכנה"ג סי' רצ"א הגה"ט או' כ"ג משם שלטי הגבורי' וז"ל פסק ר"ת דאם מניח הכספים במקו' דמגי' את שלו פטו' אבל אם מניח במקו' דמגי' את

שלו בהולא' חייב יע"ש הרי דפשיט ליה לר"ת דהנח' המעות היכא דהוי במקום העשוי למשמש בו כל שעה ושעה הוי פשיע' דרגיל ועלול לאבידה

הגם הלום ראיתי למהר"ם בתשו' האחרונו' סי' קע"א שע"ש ותשל"ד ובתשו' הקצרו' סימן קנ"ד דפשיט ליה דכבר דשו בה כ"ע לפסוק כפירוש' וכדעת התוספתא דהיכא דנתן דבר הנופקד במקום שרגיל ליתן את שלו אפי' יהיה כספים ומעות אם המקום ראוי לשמיר' פטור יע"ש ואילו שם סי' ש"א כתב וז"ל ישבע שמעון שנגזלו יו"ד לטרין כו' ואע"ג שאני אומר כספים אין להם שמירה אלא בקרק' כו' ואפי' אם נתנם במקום שנתן את שלו שלא בקרק' חייב להא דתניא בתוספתא נתנן במקום כו' ה"מ שראוי שמיר' קצת קרוב לאונס וקרוב לפשיע' דאיכא דנטרי הכי ואיכא דלא נטרי הכי תדע דקאמר אם ראוי לשמיר' כו' אבל כספים שלא בקרקע אין ראוי שמי' כלל וטעמא כו' והאומרין שלא בקרקע בעלה דעתו אכל כל אדם והכא פטור שמעון משום דלא נשתלחו לו בתורת פקדון כו' יע"ש ׳ הרי דפשיט ליה דכספי' שלא במקום קרקע אין ראוי לשמי' כלל ודקדק בתיבת כלל מטעמא דיהיב כו' ובעלה דעתו כו' וכוונתו במש"כ ה"מ שראוי לשמירה קצת כו' אפשר דמפרש הירושלמי והתוס' במטלטלין וכמו שפירש כן הרב ר' יהונתן הביא דבריו הר' בא"ו שם למ"ב יע"ש אבל בכספים אף הירושלמי והתוספתא מצרכי שמירה בקרקע הגם דנתנם במקום שרגיל לא מהני וזהו שכ' מהר"ם ז"ל ה"מ בדבר שראוי לשמירה קצת כו' חוץ מכספים ואם נפרש לדברי מהר"ם שכוונתו הוא כמו שפירש ר' אבי העזרי הביא המרדכי שם דמפר' הירו' במקום שרגיל ליתן את שלו בכיפה של אבנים הראוי לשמירה מאש ומגנבים יע"ש ולעולם לא בעינן קבור' קרקע ממש ונפכי לא סתרי דבריו אהדדי א"כ מה הוא זה שכתב שראוי לשמירה קצת קרוב לאונ' וקרוב לפשיעה יע"ש מאחר דהרי מניחם בכיפה של אבנים דשמורים ונטורים מאש ומגניבה וכמ"ש ר' אה"ע ז"ל הרי הוא שמירה מעליא וכעת לדברי מהר"ם צריך אני לאחרים להתלמד איך שיהיה איכא בנ"ד תרי טעמי לחיובי האחת כפי פסק דינו של הרב תה"ל והשני הוא מה שכתבנו לעיל משם הרב שלטי הגבורי' והרב מקור ברוך

ואין לחייבו בנ"ד ללוי מטעמא דכתב הרמב"ם פ"ד מפקדון דין ו' הפקיד אצל חבירו כספים או מעות כו' ממקום למקום צריכין שיהיו קשורין כו' ופסקו כן הטור בסימן רצ"א סכ"ב ומרן בש"ע סע"ך הרי דבעינן בהולכת מעות דיהיו קשורי' וצרורים על גופו שלא יפול מחיקו וע' למהרימ"ט ח"מ סימן קט"ו הביא דבריו הרב כנה"ג שם הגה"ט אות קכ"א וז"ל וזה הוא דרכן של בני אדם בעלי דעה לצרור ולהניח בחיקו ולתוס' שמירה שלא יפול מחיקו קושרים ראש הסדין באזורו דנמצא שמור מגניבה ושמור מאבידה עכ"ל וכ"כ הרב המבי"ט הביא דבריו שם דיהיה הקשר באופן שאם יוצי' הקשר ירגיש בעצמו כו' יע"ש וכיון דכן בנ"ד סיבת הגורמ' לאבידה היא היתה שלא קשר את הכיס דאילו הוה קשיר ליה לכיסו באזורו לא הוה אתי זה הפלים לידי

אמנם הרואה יר' דהאי טעמא לא מכרעא ואין להוציא ממון מיד לוי דהא כפל מחלוקת עצום בין גדולי האחרוני' וי"ל אי האי דינא דבעינן קשור איתיה אף אחר קבלת ס' הר"י אלברצלוני דהגם דמשמעות דברי הטור שכתבו האי דינא דקשור אחר פסקו של הר"י אלברצלוני וכמ"ש ש"ך שם ס"ק כ"ו וכן פסק בפשיטות מהר"י אדרבי סי' פ' הביא דבריו הרב כנה"ג שם אות קכ"ב דהאי דינ' איתיה אפי' לאחר קבלת ס' הר"י אלברצלוני דהגם דהניח הפקדון עם שלו בכיסו חשיב פושע אם לא קשרם בזרועו יע"ש האמנם מהרשד"ם סי' מ"ז כתב דכשנותנים לאדם מעות בעיר אחת להביאו לעי' אחרת ודאי שדע' הנותן שיעשה הנפקד בממון המופקד כמו שיעשה האדם בשלו וכפסקו של הר"י אלברצלו' ועיין להר' כהונת עולם סי' כ"ג דכ"ט ע"ג וכתב הכנה"ג שם דכשיטה הלזו הלך בתשו' מהר"א נאליקו ודלא כפסקו של מהר"י אדרבי א"כ בנ"ד מצי לוי למימר קי"ל כו' אם באנו לחייבו מה"ט אבל מטעמי קמאי משמע לכאו' דשפיר איכא לחיוביה

ברם איכא כת מרבוותא אחרונים דס"ל דהאי דינא דהרב ת"ה במחלוקת הוא שנוי עם מ"ש הרא"ה הביא דבריו הנמק"י פ' הגוזל בתרא וסיים הרב פמ"א ח"א סי' ל"א הכלל העולה במחלוקת שנויה ונ"מ דאם היינו מחייבין מטעם זה היה פטו' מטעם דאין מוציאין מיד המוחזק כו' יע"ש גם הרב בני אהרן ס"י כתב דמצי המוחזק לו' קי"ל יע"ש וכ"כ הרב ד"מ ח"ב סי' פ"ו ועד אחרן הרב מהר"י מאייו בס' שרשי הים ס"י פסק לדינא הכי דלא מפקינן מיד המוחזק יע"ש ועי' להרב פ"מ סו"סי ט"ן כע"ו סי' כ"ג

גם לטעם שני שהניח הפקדון בכיס המיוחד' להוצאת הדרך שכתבנו לעיל משם הרב מקור ברוך והרב שלטי הגבורים דבכה"ג חשיב פשיע' וכאמור הנה גם על טעם זה המדקדק בלשון השאלה יראה בעיניו דאיכא לצדודי בפיטורא דלוי מאחר דהו' המוחז' והוא דלוי בעת קבל' הפקדון היה שיה בפ' הנסיעה ולא הוה אפ' ליה להניח הפקדון בשקו מפני שהיה קשור בקשר אמיץ כנהוג ואי אפ' להתיר הקשר ומש"ה נטלם מיד שמעון בו בפרק והניחו בכיסו א"כ אם טעין לוי דבשעת קבלת הפקדון מיד שמעון כבר שלטה ביה עינא של שמעון איך הניחו הפקדון בכיסו וראה ושתק א"כ באנו למ"ש מהרשד"ם בסי' מ"ו הביא דבריו הכנה"ג שם הגה"ט אות קכ"ה דאם נתן הפקדון במקום שאינו ראוי להשתמר והיה המפקיד שם וראה ושתק ולא מיחה דפטור הנפקד וראיה ממ"ש המרדכי דע"כ לא אמרו דשומר שמסר לשומר חייב היינו דוקא היכא דמסריה ניהליה שלא בפני המפקיד אבל היכא דמסריה בפני המפקיד וראה ולא מיחה ואח"ך נגנב או נאבד פטור ועיין להר' לח"ר הביא דבריו הכנה"ג שם הגה"י אות פ"ג גם הרב דב"מ ח"ב סי' פ"ז נשאל מעין נ"ד ופטרו הר' מהאי טעמא גופא דמהרשד"ם וכ"כ הר' כהונת עולם שם דכ"ט ע"ד יע"ש

הכלל העולה מכל מ"ש דלפום דינא אין כח בידינו להוציא ממון מיד לוי הבא בשאלה מאחר שהוא מוחזק אלא דצריך לוי לישבע שבועת השומרים דרביע עליה וכמ"ש הנלע"ד כתבתי

הצעיר

אליעזר די טולידו

סימן ז"ן

שאלה עובדא הוה באלמנת נערה גדולה שאינה שומעת ואינה מדברת ומע' ב"ד הוכרחו למנות אפוטרו' עליה ובאו האפוטרו' והאלמנת לפנינו ב"ד והוציאו שטר חיוב מגיד ואומר איך נתחייב ר' ע"י גדול כתחו"ל להאלמ' הלזו בעד טובת הנאה שקבל מהאלמנת הנז' נתחייב ר' ש"ת לשבוע ואפי' עד ן' שנה ואם יראה בעיני ר' ליפט' מהשך הנז' נתחייב מעתה ומעכשיו סך אלף ות"ק גרו"ש לתת להאלמנת בהכרעת ב"ד אם יר' בעיני שכלם כו' ובנאמנות גמורה עליו וענ"ך כו' עכ"ל השטר ועתה מת ר' והניח יתומים קטנים ובאו אפוט' יתמי ר' באומרם דמאי כחה של האלמנת כו' להוציא ממון מתחת ידם של היתומים והנערה האלמנת צועקת בקול מרה כלענה ברמיזותים שאין לה משען ומשענה לא לאכול ולא ללבוש לכסות את בשרה וזולת הסך השבוע או שיתנו לה הסך האלף ות"ק גרוש' ותבקש מנוח לה לאיש מאחר דהיא גדולה איך שיהיה מה יהיה משפטה של האלמנת הלזו

תשובה לפום ריהטא נר' דעדיף כחה של האלמנת הזאת ענייה ומרודה להוצי' מתחת ידם של היתומים קטנים מתרי טעמי האחת דהא פסקו הפוס' ואתה סוגיא דפ' שום היתומים דף כ"ב דנזקקין לנכסי יתומים קטנים היכא דרבית אוכלת בהם משום דהוי פסידא להם אי ממתינן עד שיגדילו והכא נמי בנ"ד איכא פסידא גדולה ליתו' אי לא מזקקינן להם עתה משום דמתרבה עליהם החיוב הסך שבוע בשבוע עד שיגדילו יותר הרבה על חד תלת מהסך אלף ות"ק גרוש'

ונכת שניא התם דהפסיד' ניכרת עתה דהגוי נושה עתה בעודם קטנים הרבית וזהו משמעות לישנא דרבית אוכל' בהם לא כן היכא דבעודם קטנים אין כח ביד ב"ד להוציא מתחת ידם של היתו' שום פ"ק מנ"ל דבכה"ג מזדקקי' הנה מת' הרשב"א ח"א סי' אלף ט"ו דהביאה הר"ן בתשו' ס"י והביא דבריו מרן ב"י סי' מתברר דהגם דלא היו ליתומים בעודם קטנים שום תשלומין דזו שיתה טענ' של יתומים אחר דגדלו דע"מ וע"מ מכרו אפוטרופו' דידהו קרקע כדי לפרוע חובותיהם' שלא היה רבית אוכל' בהם והאפטרופו' היו משיבין מאחר דע"י זה נתפשר הב"ח בפחו' מחובו זהו התועל' שהגיע להם וע"ז ב"זה תשו' הרשב"א מאחר דרשאין למכו' אפוטרו' בשטר דיש בו רבי' האי טעמא מהני לכל ריוח שיש ליתומים שהמוכרים אומרים מוטב שנמכור עכשיו ולא ניחוש לספיק' דלרדי. ושובר ומניחים הס' ותופסין הודאי

הודאי והילכך אף בזו כן ואם ירא' כן בי"ד שאילו לא מכר ופרע היה בכך הפסד ליתו' הדין עמו יע"ש

הרי דפשיטא ליה להרשב"א וסמוכו' שלו משוג' הלזו דהגם דליכא פסידא עתה ליתומי' מאחר דע"י הפשרה מגיע ריוח להם דינא הוא דמזדקיקי' ולא שבקי' הודאי ותופסין הש' וכן כתב בנ"ד

ואפשר דזהו כוונת הר"ן בתשו' ג' שכתב וז"ל וכבר הורה הזקן הרשב"א דאם הבע"ח רוצה כו' ומוכח לה מסוגיא דערכין דשטר שיש בו רבי' ואע"פ דיש לדון אחר סברתו כו' עכ"ל דכוונתו הוא דמאי מוכח סברתו מסוגי' הלזו דשטר דיש בו רבי' דרב המרחק דהתם איכא פסיד' דיתמי עתה דגובה הב"ח הרבי' שעולה דבר יום ביומו לא כן היכא דבעודם קטני' אין יכול הב"ח לגבו' ש"פ אלא עד אחר גדלו' הא תנ"ל וכאשר ביררנו לעיל ועיין בתשו' מהרימ"ט ח"מ סי' ב' דכ' ע"ד הר"ן ז"ל דלא זכינו לטענו' הר"ן יע"ש ולדידי נר' דזכינו וכן אמור באופן דמתשו' הרשב"א איכא למילף לנ"ד להוציא מתחת ידם של היתומים וליכא למיחש למה שלידדנו

ועוד איכא להוכיח כנ"ל דמזדקיקינן מסוג' דתלמו' דילן דפריך אי בב"ח ישר' מי שבקינן ליה לאכול רביתא מוכח דמשו' איסו' דרביתא דרביע עליה הוא דקא קשיא ליה לתלמו' הא לאו"ה שפיר מזדקיקי' הגם דבעיקר החוב איכא חששא דשמא ימצא תברא דלא שבקי' הודאי כו' וכן פסק בפ"מ ה"א סי' ס' רמזו הרב מט"ש שם סימן ק"י הנ"הט אות ו' דאע"ג דהרבי' שיא מע"פ ואינו כלול בשטר מ"מ אי נעשה בדרך היתר נפרעי' מהם כו' מאחר דבעיקר החוב השטר קיים א"כ נמצא דלכשיגדילו אם לא ימצא שובר נפרעים מהם החוב והרבי' העולה עד ומנו דליכא לטעון שמא פרעו אביהם עכ"ל

הנה פשיטא ליה להרב דאע"ג דליכא עתה גביית הרבי' מן היתומי' מטעמ' דהרבי' אינו כלו' עם הקרן והוי מע"פ עכ"ז כיון דלפוסדינא לכשיגדלו נפרעי' הקרן כיון דלא נמצא שובר גם הרבי' דהוי מע"פ גובה וא"כ כ"ש בנ"ד דחוב סך השבוע הוא כתוב בשטר וכמו שבא בשאלה הגם דאיכ' למיח' דשמא עלה בדעת ר' להציל עצמו מן קבלי' השבו' ומסר ביד ב"ד האלף ות"ק גרוש' ונפטר מהקבלה מ"מ לכשיגדילו לא ימצא שובר ושה"ד דשמי בידה של האלמ' לגבות חובה של קבלת השבוע עד שיגדלו היתומים רביא אוכלת בהם מקרי וכיון דכן נזקקין לנכסי יתומים אף דהנה הנם קטנים וזהו הטעם הראשון דכפוס ריבעא הא' טעמא מספיק להוציא מתחת ידם של היתומים וכמ"ש

הטעם השני והוא דטעמא דמרעינן בעלמא לשטרא היינו משום דשמא כבר קיים המת מצות פריעה בעודו בחיים והאי טעמא לא באנייא אלא היכא דהחזרה היה ליד בר דעת דהוא בר שמירה האמנם היכא דהחזרה לא הוי לבר דעת דלאו בר שמירה היא וכגוונא דנ"ד מאין הרגלים לטעון דפרע וסברה זו היא באה ונהיתה להר' הגדו' מהר"י באסן ז"ל והובאו דבריו בתשו' הרב מהרימ"ט ח"מ סימן ל"ו דכתב בפשיטות דטענת חזרה ליד היתומים לאו טענה היא דיתמי לאו בני חזרה נינהו גם הרב מהרימ"ט שם הסכים דחזרה ליד היתומים לאו טענה היא אפי' אם היתומים פעוטות והביא ראיה לזה ועוד כתב דאפי' אם החזיר בעדים ביד היתומים קטנים לאו חזרה היא דאין לך פשיע' גדול' מזו להחזיר למי שאין בו דעת לשמור כי הא דאמרי' בפ' הספינה השולח את בנו ופונדיון בידו כו' יע"ש

וראיתי להרב מש"ל הל' מכירה פכ"ט דין ז' דכתב ע"ד הרב מהרימ"ט לדברי הרב חמודים וצריכין תלמוד מתשו' הרשב"א ח"ב סימן רל"ט דמי שזיכה לקטן ע"י גדול ואח"ך מסרו ליד הקטן ונאבד מידו של קטן דפטור יע"ש הרי דמתברר מתשו' הרשב"א דאע"ג דנשא ונתן בידו ומסרו ליד הקטן דלאו מזיק מקרי וסמיך עליה הרשב"א מדברי הרמב"ן דכתב בהדיא דאם החזיר ליד תינוק אינו חייב לשלם יע"ש וכ"כ הר"ן שם בסוגין בהדיא וז"ל לאו למימרא דאם החזיר לקטן ואבדו יהיה חייב לשלם אלא לצאת י"ש דוקא ומשום השבת אבידה עכ"ל הר"ן וכ"כ הר' המגיד פ"ו משאלה דין יו"ד משם הרשב"א ז"ל

ובשאני לעניות נ"ל דעדיין לא שמענו בראו' דהלוה לשמעון מנה או שהפקי' אצל שמעון חפץ ובאו יתמי ראובן לתבוע ההלואה או הפקדון מיד שמעון וטוען שמעון כבר החזרתי לכם זה זמן מה כשהייתם קטנים ונאבד הדבר מידכ' דזה מקרי השבה ומפטר שמעון הגם דמייתי עדים דכן היה זה לא שמענו עדיין דע"כ לא כתבו ז"ל אלא היכא דהחפץ לא היה ברשות המשתמר כהכי' דקבלו מן הקטן דזה מקרי אבידה מדעת וכדאמרו בגמ' פ' הספינה ד' פ"ו ע"ב בפשיטות אבידה מדעת היא והוסיף לן הרשב"א בשלשה מקומות אותה תשו' דח"ב סימן רל"ט וח"א סימן תתקל"ו וח"ד סימן רמ"ב דאפי' דבא לידו של זה מאיש בן דעת אם הביאת הממון לידו של זה לא היה אלא מתורת זכיה בלבד דאז לא נחית דעתו של זה אלא לזכותו לקטן בלבד ולא נחית דעתו נמי להיותו שומר עליו דלא נחית נפשיה לשתי פעולות זכיה ושמירה ולהכי אם החזירו ליד הקטן ואבדו אינו חייב בתשלומין והכי מדוקד' לישנ' דהריב"ש בסימן ד' וז"ל אין רשות לנפקד להחזיר הנכסים שהפקיד המוריש בידו ליד בנו הקטן מק"ו ומה מי שקיבל מן הקטן עצמו אין מחזירין כ"ש שאין מחזירין לקטן פקדון שהפקיד אביו או מורישו עכ"ל

והגם דלדברי הריב"ש הללו הנה הנם אמורין אי מחזירים או לא מ"מ שמעינן מדברי הרב דעדיפות יתירה איכא לממון דבא לידו מכח מורישיו אשר מטעם זה היא שיטתו של הרב מהרימ"ט דנ"ד היה היא דהתופס קם ופתח האוצרות אשר נכסי מורישיו של היתום שמורים ונטורים שם ועל זה השיב

הטיב הרב מהרימ"ט דאפי' אם והחזיר בעדים ביד הקטן לאו חזרה היא שאין לך פשיעה מזה להחזיר למי שאין בו דעת לשמור כו' כיון דמרשות המשתמ' לקח וקמה ליה ברשותיה לא מיפטר עד דמיהדר לרשות המשתמר כו' עכ"ל דייק הרב ז"ל למנק' בלשני' כיון דמרשות המשתמר לקח כלומר דאי הוה עובדא דלא היה שנטילה ממקום המשתמר כההיא דקבל מן הקטן שפיר הוה מקרי חזרה לידו של קטן ואולא מחייב בתשלומין אם אח"ך נאבד ובניא ההיא דפ' הספינה דהגם דהנטיל' היה הים ממקום שאינו משתמר יען דנטלה למול בה הוי גוזל שלא מדעת דהוי גזלן וקמה ליה ברשותיה

באופן דכל דברי הרב מהרימ"ט סובבים והולכים על קוטב זה דהנטילה היה באוצר שהיו נכסי מוריהם אצורים ונצורים שמבשמי' מעולה ובא זה ופתח את האוצרות וגנבם והחזירם לידם של היתומים קטנים ונאבדו מתחת ידם דלדבר זה מקרי מזיק בידים וכמו שכתבו התוס' שם פרק הספינה דפ"ח ע"א ד"ה מר כו' וז"ל ואומר ר"י שאני כתם כו' אבל הכא מאבדה בידים שמוסרה ביד התינוק יע"ש

האומנם דא עקתא דהרב מהרימ"ט ז"ל הפריז על המיד' דהגםדחזר' היתה ליד יתומים קטנים דהגיעו לעונת הפעוטות עכ"ז מקרי מזיק בידים מאחר דנטלם ממקום המשתמר והלא דבר זה מפורש בתשו' הריב"ש שם דסיי' אבל אם הוא הריא כו' הרי הגיע לעונת הפעוטו' ומחזירין לו כההיא דקבל מן הקטן כו' דכתב עלה הרשב"א ז"ל דדוקא לקטן שלא הגיע לעונת הפעוטות דאילו הגיע לעונת הפעוטות מחזירין יע"ש הרי דנדון הריב"ש הגם דהיה פקדון שהפקידו מורישיו עכ"ז שמי בידי' דנפקד למסור בידו ממונו והוי השב' והגם דלדעת הרב מהרימ"ט איכא למדחי ראיית הריב"ש מההיא דכתב הרשב"א דהתם שאני דהנטיל' היתה ממקום שאינו משתמר מש"ה מהנייא החזר' לידו לכתחי' אם הגיע לעונת הפעוטות לא היכא שהופקדו בידו מבן דעת ע"מ לשמור ס"ל למהרימ"ט דלא הוי השבה הגם דמתו מורישיו וכבר הופקעו הנכסים ובאו לרשותו של קטן וכבר ראיתי להרב מה"א הנ' שומרים סוס"י ט' דהשיגו בזה •

ואפשר דס"ל להרב מהרימ"ט דלא דמי נדון דידי' לדינו של הריב"ש דע"כ לא כתב הריב"ש האי דינא אלא דוקא היכא דלא באו לידו של נפקד מעיקרא בתורת גזיל' אלא בתו' שמיר' שהפקידו מורישיו ממון בידו כדי לשומרם ולא נחית זה הנפקד לשמור אלא ממון אביו של קטן לא כהיכא דנפלו נכסים למקום אחר ורשות אחר דהיינו בנו של המפקיד לא נחית לשמור אשר מטעם זה הסיבה השבה הגם היכא דבאו לידו מעיקרא בתורת גזילה זכוונא דנדון מהרימ"ט ז"ל דאחר מיתת אביו של קטן דנפלו הנכסים קמיה יתמי וכבר היו במקו' המשתמר שמירה מעליא ובא זה ופתח שאוצרו' והוציאם שם בתורת גזלנות ואח"ך החזיר לקטן לא הוי השבה הגם דהגיע לעונת הפעוטו' ווהי הראיה דסמיך עליה הרב מהרימ"ט כדתנן שגזל את חבירו או שלוה ממנו לא יחזיר במדבר אע"ג דלמלו' עצמו הוא מחזיר כיון דאין עכשיו בחזק' המשתמר לאו השבה היא ה"נ קטן לאו בר שמירה הוא כו' ואע"ג דאמרו הפעוטו' כו' התם משום תקנה היא יע"ש •

באופן דאיכא ג' סוגי' ואופנים בחזרתו ליד התינוק שאחד היכא דהקבלה היתה מידו של הקטן מנגש דבכה"ג מצי המורה לידו מאחר דהנטילה היה ממקום שאינו משתמר והשני היכא דהקבלה היתה מיד גדול שהוא בר דעת בתור' שמירה מיד מורישיו של קטן והחזירה הנפקד לידו של הקטן אחר דנפלו נכסי קמייהו אסברא גן הריב"ש דמהני חזרה לידו של קטן הגם דמעיקרא באו לידו בתורת שמירה ושויה דיניה כמי שקבל מיד הקטן האופן השלישי היכא שגזל מן הקטן מרשו' המשתמר נכסיו ואח"ך הוא רצה לקיים מצות עשה והשיב את הגזילה והחזירו לידו של קטן ונאבד מידו לא מהניא השבתו מאחר דגזלו ממקו' המשתמר והגם דהגיע הקטן לעונת הפעוטו' כיון דטעמא הוא משו' תקנה בעלמא לא חשיבה השבה יען דבתור' גזילה בא לידו וקם ליה ברשותיה לא מפטר עד שיחזי' למקו' המשתמר והו דינו של מהרימ"ט דאחידם לן וכעת לא מצינו בדברי הראשונים בהדיא הפך סברתו ואם כנים הדברים כמו שכתבנו דלא אמרה מהרימ"ט ז"ל למילתא דאפי' הגיע לעונת הפעוטות לא הוי השבה אלא בכגון נ"ד דבא לידו בתור' גזילה כיון דטעמא דפעוטות טעמא קלישא הוא דלאו לפו' דינ' הוא דאתינן עלה אלא מטעמ' דתקנתא דתיקנו חז"ל לא אלימא האי תקנ' לתקן עשה דוהשיב את הגזי' אם לא דההשבה היתה במקום המשתמר כאשר היתה באמנה מעתה בנ"ד דהוא חיוב דנתחייב ר' לשגערה שלוו האלמנת אפשר דאיתיה בחזרה מאחר דכבר היא גדולה בשנים הגם דהיא חרשת ושכן מסרה בידה של האלמנת אבוהון דיתמי הקלבה של אלף ות"ק גרוש' ושפיר הוי חזרה

ברם מאחר דעיקר חיובו של ר' מתלא תלי וכמו שבא בשטר החיוב וז"ל ואם לא תרצה האשת הקלבה הנז' בכל שבוע ותרצה ליטול מידו השך אלפות"ק גרוש' לכלכל את עצמה כרצונה ע"פ הכרע' ב"ד שיכריעו איזה לד מהשני לדדים נז' הוא יותר טוב או שיטול הקלב' או שיטול השך אלף ות"ק גרוש' כו' כן נתחייב ר' הנז' עכ"ל השטר באופן דלא שמי בידיה דר' החייב לפטור עצמו בחזרה ליד האלמ' אם לא ע"פ הכרעת ב"ד דוקא דע"פ הכרעתם של ב"ד הצדק לפי ראו' עיניה' איזה לד מהשני לדדים הוא יותר טוב דאיכא תועל' לאלמ' או על פיהם יקום דבר למעוטי הכרע' דעתה של האלמ' בלתי ידיע' ב"ד הצדק אין חזרתו לידה של האלמ' חזרה ואנן בי דינא הכרנו בעצמינו וידענו ידיעה נאמנה דלא היה ולא עבר בה איש בפנינו ב"ד על מיל' כדנא לא בבי דינא רבה של מתא באלט ולא בב"ד רבה של כפר אסקיואי וכ"ת אכתי דילמא בא ר' המתחייב וקבע ב"ד אחד מאותם המורי' דנא נפשייהו זה ימים ולקח מכל ב"ד וב"ד והכריעו אותו ב"ד הצדק שסלד היותר טוב הוא שיחזיר לידה של האלמת

האלמנה הקדימה ופוה"ק גרוע"מ הא לא מכרע' כלל כלל לה דלא שכיחא דבא ר' ובירר הלה מתרתי וקבע ב"ד הדבר וזו' לא עבדי ב"ד לעזוב ולהניח השטר קיים בידה של האלמנה דזו פשיעה גדולה וחזקת הגר שאינו מוציא חזקה מתחת ידו כ"ש וק"ו שלשה המה מטיבי דלב"ד שוטין לא הייטינן וכמו שמפורש ובא בח"מ סימן ע"ל יע"ש להרב כנה"ג ודיהן סמיכין עלוהי

הכלל העולה מכל מ"ש דכפי הני תרי טעמי שכתבנו כביר מצאה ידינו להוציא מתחת ידם של יתמי דאיכן הגם דהנה הנה הנכסיו' הוה הם קטנים וככל הרשום נכתב

ואחר כהיפוך ראתה עיני תשו' הרשב"א ה"ג סימן ר"ץ דנשאל על אפוטרופוס שמכ' קרקע של יתומים לפרוע לב"ח אביהם בפחות משוויו דנהפים הב"ה וכשגדלו היתומים באו לבטל מכירת האפוטרו' כו' והשיב דכלל גדול הוא דתופשין הודאי ומניחין הס' ועוד דהא משמע דהפי' שלא במקום הפסד אם יש ריוח ליתומים ממ"ה רשאי דהא שמי בידיה של האפוטרו' למכור שדות כדי לקנות שוורים לחרוש את השדות ולהשכירן כדאמרינן פ' הניזקין ההוא אפוטרו' דהוה מזבין ארעא וזבין תורי כו' ואעפ"י שיש לנע"ד לחלוק קצת ולומר דשאני התם דאי לא פרע וא"נ לא זבין תורי שיפסידו הנכסים מתה שמניח הבית ויש על האפוטרו' כו' שלא יתקיימו ולא יפחתו אבל להניחם בהיות שהיינן האב אין להם למכור כדי לסלק מעליהן מה שחייב בו האב מ"מ הראשון עיקר דטעמא דמילתא דיש לאפוטרו' לחזור אחר תועלתם של היתומים יהיה מה שיהיה כו' עכ"ל הרשב"א בתשו' נ"ו יע"ש

דבה באמת אמרו דברי תורה עניים כו' ועשירי' במ"א דהגם דבה"ת סימן א"ף וע"ו הנה הנה שתומים הרי מפורשים בה"ג דנשא ונתן הרשב"א מאי דאיכא למדחי בראיה דפ' שום היתומים ודבר ה' בפיהו אמת של אותו צדיק הרב מהרימ"ט בתשו' נ"ו דקשיתיה להרב ז"ל תשו' הרשב"א בראיה הלוו ברבית דלא דמי לרבית ומזונות דהוי הרחק' הניזק נמי הרולה לעשות שנהנה בחונו דהוי הקרנת והועל' יע"ש וכבר הרשב"א עצמו צידד בדחיה הלזו והוצרך להביא ראיה מההיא דרשאין אפוטרו' למכור שדות ולקנות שוורים דהוי הקרנת התועלת וגם על זה נרגש הרשב"א דלא דמי דשו' סוף היכא אשם קיקול שדה ביותם קטנים מ"מ עיקרא דמילת' אין מניחים הודאי ותופשים הס' וגם שמעינן מאי דלדלנו לעיל לנ"ד דמאי דאיה היכא מרבית ומזונות דהתם שאני דהפסידא ניכרת עתה בעודם קטנים דהאמת כן הוא דאיכא לצדד הכי ומודה ובא הרשב"א דלא דמי היזוק הזוב של הגיבה לפחת דבשת' האמנם דעתו של הרשב"א הוא דאין מניחים תועלת הודאי ותופשין הס' וכאמור ואגב אורחין ראיתי להרב כ"ומן השואל סימן קי"ב דקס"ה ע"ב דברים תמוהים נע"ד דהא כבר הרינ"ש ז"ל הביא דברי הרשב"א שם ובסימן ד' ועי' להרב מהרימ"ט סימן ק"ה ה"א ובגליונות הר"מ ה"א על דברי מהרימ"ט ז"ל בנימוקיו

ועיין תשו' הרדב"ז ה"ג דפוס פיורדא סימן תר"ל יע"ש ודוק הנלע"ד כתבתי נאום

הצעיר

אליעזר דיטולידו

סימן חן

לענין פיסול העדים דתיקן הרשב"א ז"ל רבים מגדולי אחרונים סברי דהרשב"א חולק על הר"ן ז"ל וס"ל להרשב"א דאף אם מסר מודעה אף על פיסול העדים לא מהני המודע' כיון דפסלינהו יעויין להרדב"ז בישנות סימן ד"ן וסימן ק"פ מהר"י אדרבי סימן רל"ו מהראנ"ח ה"א סימן מ"ב מהרשד"ם ח"מ סימן תל"ו לח"ר סימן ל' פ"מ ח"ז סימן כ"ו עדות ביעקב סימן ס"ה גו"ר ח"מ כלל סימן ל"ג הרב כנה"ג סי' ר"ה הגב"י אות ק"ד.

אלא שלכאורה יש לעמוד דהיכ' למית' דע"כ לא אמרה הרשב"א אלא דוקא היכ' דלא נשבע שלא יבטל המודעה אבל היכא דנשבע שלא לבטל המודעה ומה שהוא מוכר ונותן אינו מרצונו ובלב שלם א"כ כי אמרינן דבאחרונה גמר בלבו א"כ נעשה עבריין כיון דכל טעמו של הרשב"א הוא כיון דפסלינהו אף הוא גמר בלבו כיון דאין לו ע"מ לסמוך א"כ היכא דנשבע שלא יבטל מודעה אנן סהדי שלא גמר בלבו וכ"ש היכא דנשב' שלא יבט' המודע' אם לא יקרענה וכיון דלא קרעה והרי מודעה בפנינו בלתי קרוע. אנן סהדי שלא גמר בלבו ובהכי א"ש תשו' מהר"י אדרבי סימן קט"ן דלכאורה שינה את טעמו ממה שפסק בסימן רל"ו דכהרשב"א נקטינן ואין המודעה מהני להוציא יע"ש אלא ודאי דשאני התם בסימן קט"ן כיון דנשבע לתבוע לו בב"ד אחר המחילה א"כ מינה כדי שלא יעשה זה עבריין אינו מוחל וכן ראיתי להר' מהרימ"ט ח"מ סימן מ"ג דפירש כן לדעת הרא"ש ודעימיה דסבירא להו דאף בביטול אמרינן אגב אונסיה גמר ומקנה שהוא סבור שאין לו פתחון פה כו' אם נשבע שלא יבטל המודעה אנן סהדי שלא גמר לבטל יע"ש מינה נלמוד לדעת הרשב"א אלא דהרב מהרימ"ט לא אמרה בדעת הרשב"א שהוא סבור דהרשב"א לשיטתו התקין וכן ראיתי להרב לח"ר סימן ל' דכתב דהיכא דנשבע גם הרשב"א מודה דלא נתבטל המודע'

אמנם נראה דאיכא חולקים על זה וס"ל לדע' הרשב"א דבכל גוונא אמרי' הרשב"א ז"ל יעויין להרב מהראנ"ח ה"א סימן הנז' ולהר' משפ' צדק ה"ג סימן יו"ד ובתשו' הרב מעשה חייא סי' כ"ו דמתברר מדבריהם כן דאף במקום שבועה שייך פיסו' העדים ועיין למהרש"ך ח"ב סימן קכ"ט וק"ל ואם כן מני המוחו' לומר קי"ל כהרשב"א וקי"ל כמ"ד דלדעתו של הרשב"א אף אם מסר מודעה אף על פיסו' העדי' דהמודעה בטילה וקי"ל כמאן דס"ל דהגם דנשבע אמרינן דהמודעה בטילה דהא פסלינהו ודילמא' אזל הכל הכא והתיר לו או באנפא אחרינא אלא דיש לעמוד באותה תשו' של הרב בני אברהם ח"מ סימן א"ף יע"ש ודוק אמנם

אמנם כל זה הוא אם מצוה לסופר שיכתוב ביטול מודעי ופיסול עדיכן כו' אבל אם לא צוה לסופר לכתוב ביטול מודעי אלא דהסופר סרכיה נקיט ואזיל כשאר סופרי דשטרא כאשר נהוג נמצא דלא היה ביטול מודעי כו' והמודעה קיימת ודבר זה השריש לנו הרב מהרימ"ט שם דאף לדעת הרא"ש דס"ל דכל המצוה לכתוב בעד דעתו הוא שיכתוב כל חוקי סופר ואף נאמנות כו' ופליג על ר' האיי היינו דוקא בשאר דברים דאם זה לא היה דעתו על המנהג למה לא פירש זה בשעת הקנין שלא יכתוב לו נאמנות כו' ברם במודע' דליכא האי טעמא דאי אפשר לגלות דעתו אף הרא"ש מודה ובא לר' האיי יע"ש והנה בסברא הלזו דהשריש לן מהרימ"ט מצאנו דהכי ס"ל למהר"ש גאון כמ"ש הרב מהר"א אלפאנדארי נס' אליהו רבה סי' ע"ו וסמכו ע"ז הרב הזקן והרב מהר"א אלפאנדארי ותלו לה ניפי גם הרב בני אברהם סי' הנז' הסכים לזה כמו שיע"ש

דאמנם ראיתי להמבי"ט ח"א סי' א' דמוכח מינה דלא ס"ל הכי דאם איתא דס"ל להרב המבי"ט כסברת הרב בנו דבעינן שיכתבו בשטר ובפנינו ביטל מודעי כו' א"כ מאי קאמר המבי"ט כיון דאשה היא לא ידעה כההיא דהרשב"א דבעינן שיעידו העדים יע"ש הא כל מודעה לא אפשר בלאו הכי בלתי העדא' עדים שיעידו ובפנינו ביטל מודעי ומודעי אפי' לגבי אינשי דגמרי וסברי אלא ודאי דס"ל להמבי"ט דלגבי] אינשי דגמרי וסברי לא בעי' הדעא' עדים בפרט על ביטול מודעי כו' אלא דלגבי אשה דלא גמרה דינא ואינה יודעת דינא דביטול מודעי כו' ואינה יודעת מאי דרגילי סופרי שטרות למכתב ביטול מודעי לכשנאמר דעתה אמנהגא כההיא דהרשב"א ומאי דסיים הרב המבי"ט ואפ"ה נראה כלל בעולם כו' נראה' דכוונת דבריו הוא דס"ל להמבי"ט ז"ל דע"כ לא למדנו הרשב"א דאשה לאו דינא גמירא היינו דוקא כגונא דהרשב"א באשה הנותנת קרקע דאמרי' דאינה יודע' ומוקמי' ממונ' בחזקתה לא כנ"ד כנדון הרב המבי"ט דהיא באה להוציא בטענה דהיא אינה יודעת דינא דביטול המודעות גם המב"ל ה' מכיר' נסתפק בהאי דינא דמודעא אי דעתי' אמנהג כההיא דנאמנות וכן דעת הח"ח סי' פ"ז למד מדברי הרשב"א הנז' לענין ביטול מודעות דאשה לא ידעה דינא דביטול מודעות ועד שיעידו כו' יע"ש ומצא דאף דלא שייך טעמו של הרשב"א דאשה לא היה דעתו על המנהג למה לא פירש זה הטעם לא שייך בנדונם של המבי"ט והח"ח דלא היה אפשר לגלות דעתה לא חכתבו כו' עכ"ז לגבי אינשי אמרינן דעתייהו אמנהג והגם דלא היה בפי' ביטול מודעות העדים כותבין אלא דנר' בהמבי"ט והח"ח אינם שוין בטעמא דלפי דעתו של הרב ה"ח ההיא האי טעמא דאשה לא ידע' אפי' להוציא והכי מורין דברי הרב בסו' דבריו ואילו לפי מה שפירשנו דברי המבי"ט לעיל דס"ל דלהוציא לא אמרינן האי טעמא

(אה יעויין לרבינו המחבר לעיל סימן ז' בפסק של ויכוח הסי' פרחי דנשא ונחן הרב המחבר בהאי דינא אי אמרינן הך כללא דאשה לאו ד"ג אפי' להוציא וכתב דמדברי הרשב"א אין ראיה דא"א דהרשב"א כדי לאוקמי בחזקתה דהא באשה הנותנת קיימי ומש"ה סמכינן האי טעמא דאשה לא דמי כו' וכמו שכידלד כאן רבי' המחבר בדעת המבי"ט ושוב הביא לן רבי' המחבר שם תשו' מהרשד"ם ח"מ סי' שכ"א דמשם נראה דסמכי' להאי טעמא דנשי לאו ד"ג אף להוציא ונמצא דמהרשד"ם והרב ת"ח שהביא כאן רבינו המחבר באחדא שייקיימי

ואף שיהיה נמצא מזה שכתבנו שיש חולקים על סברא הלזו דאסברא לן מהרימ"ט וס"ל דלא בעינן שיעידו העדים בפרט על ביטול המודעות אלא דעתיה אמנהגא כההיא דנאמנות וא"כ מכי המוחזק לו'קי"ל ודלא כמו שפסקו הרבנים הרב מהר"א אלפאנדארי והר' בני אברהם ועיין להרב מהריק"ש סי' ר"ה

וראיתי להרב דברי אמת בזכרונותיו כת"י אות מודעה שכתב על דברי הרב מהרימ"ט וז"ל אבל רמב"ן דק"ג פליג יע"ש ולדידי אחר המחי' רבה לא לדק בזה דמפורש שם בדברי רמב"ן דקאי על מתנה וגט דלא נאנס כלל כיון דנטל קנין ש"ק לכתיבה עומד ואף שלא ביטל בפי' המודעות העדים כותבין דהוי כההיא דכתבוהו בשוקא אבל היכא דנאנס על ביטול המודעות ומסר מודעא דעלה קאי הר' מהרימ"ט על דברי הרא"ש ולא כתבו בשטר דבפי' ביטל המודעות אלא דהעדי' כתבו בביטו' כל מודע' כו' כשאר סופרי דשטרי בזה כתב המהרימ"ט דלא שייך אלא טעמו של הרשב"א כיון שא"א לו לפרש ולהזהיר של יכתבו ביטו' מודעי כן יתגלה הדבר שמסר מודע' אלא דמתשו' המבי"ט והר' ת"ח נראה דחולקים על הר' מהרימ"ט דבנדו' לא הוה אפשר לפרש ולהזהיר שלא יכתבו ביטול מודעי כו' ועכ"ז דימו אותו לכתבוהו בשוקא ע"ש נמצא דאף מטעם סניף זה אין כח בידינו להוציא ממון הנר' לע"ד כתבתי

הצעיר **אליעזר די טולידו**

סימן נט

שאלה יעקב ובנו ר' היו שותפים בחצר הבתים א' והיו דרים כל א' בבית א' לפי ערך הבתים והיו משתוים בממון ועתה מת יעקב והשאיר אחריו ברכה ל"י בנים גדולים וקטנים ובא ר' הוא ובני ביתו ודרו בבית יעקב והבית אשר היה דר ר' השכירה לאחרים ודמי השכירו' היה נוטלם ר' לעצמו והנה בעתה יחדיו למשפט נקרבו ר' ואחיו ש' ואפוטרופוסי היתומים קובלים על דמי השכירות דראובן

דר' נוגע' מאחר דגם הוא יש לו חלק בבית יעקב אביו כשאר אחיו א"כ נמצא דהיה דר בשלו ואייתר ליה חלק שיש לו בשות' מה שאין לשם לאחיהם וש' ואפוטרו' היתומים קטנים. טוענים מאחר דגמה שהיו דרים יעקב ור' בחיי אביו כל א' בבית לא היה בתורת חלוקה אלא השאלה דוקא א"כ כשמת יעקב אביהם בטלה השאלה וכבר בא ר' ודר עמהם א"כ בכל וכיון שיש לו בחצר הוא דר א"כ הבית שנשארה ריקנית והשכירה ר' לאחרים כל דמי הבית כנו' הם חלק כחלק ולא מנע ולית ליה לראובן זה עדיפותא יתירתא כלל ועתה לשאול הגיעו היכי לדיינו דייני להוציא לאור משפטם של ראובן ואחיו והכמה

תשובה הנה בשותפין בבית אחד ודר בו האחד זמן מה ובא שותפו שלא דר בו לתבוע חלק דמי שכירות הבית הנוגע לחלקו על טענה הלזו כבר השיב הרשב"א ח"ב סימן קמ"א הביאה מרן ב"י ז"ל סימן קע"א מה"ו ג' וז"ל נראה לי דברים ברורים שאינו חייב להעלות לו שכר דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש ואפי' בחצר שיש בו דין חלוקה וכ"ש בחצר שאין בו דין חלוקה וה"ה דאינו יכול לומר כדרך שנשתמשת אתה כו' דכל שלא חלקו בשלו משתמש ואילו רצה חבירו היה משתמש בו יע"ש ופסקו מור"ם שם וכבר מבואר שם בתשו' הרשב"א דכוונת הכ"ם שכתב הרשב"א הוא דבחצר שאין בו דין חלוקה אין הטעם משו' דבחלקי אני דר אלא מאחר דאינן יכולין להשתמש כאחד כל אחד מקנה לחבירו חלקו בשעה שמשתמש בחלקו או הוא או מי שיכנס לחבירו מהמתו שיהא שלו לאותה שעה אבל בחצר שיש לו דין חלוקה לא אצטריכו לשעבד חלקן זה לזה כו' יע"ש וכפירשו הראשוני' ז"ל שם בסוגיא דנדרים דמ"ו ע"ב ואפי' ראב"י אוסר וס"ל להרשב"א דדוקא בקונמות לא שבקיא הא טעמא דבחלקי אני משתמש משום דאין ברירה הא בעלמא שבקיא ליה האי טענה דבשלי אני דר מאחר דשמי בידיה לבא ולהשתמש ולדור בחלקו נמצא דמניעתו גרמה לבניא חלקו ריקם וא"כ לית דין ולית דיין דמשום מניעתו והתרשלותו יבא עליו בעקיפין שלא יבא חברו להשתמש בחצר

ולכאורה עלה עי"ד לומר דאין סברתו של הרשב"א מוסכמת דיש לצדד מאותה תשו' הרב מהר"י ן' מיגאש סימן קכ"ו שנשאל הרב ז"ל על בנות יורשות מאביהן בתים וקרקעו' ודרה אחת מהבנות במדור אחד ותובעים שאר אחיותיהן ממנה שכירות חלקן מהמדור והשיב הרב בד"ל ע"ב וז"ל הכלל העולה שאין לקטנה מדור ומחשבין עמה על שכירות המדור שדרה בו ואינה יכולה לומ' בחלקי דרתי לפי שאומרים לה מאן פלג ליך והלכת' בריר' לן הואיל והדבר מעורב אין שום אחד מהם יכול לומר בחלקי דרתי ובו נתבוניתי עכ"ל הרי בהדיא דטענה הלוז דבשלי אני דר לא מכרעא לפום דינא כל עוד שלא היתה חלוקה ביניהם אלא הנה הנם משותפים שבתים והקרקעות ביניהם וכל פשיע' ופשי' במשתמש שאחד יש לו לחבירו חלק בזה ובדין תובע שכר חלקו מחברו

ואיברא דאי לינו של הרשב"א הוא מתאמר' דוקא בדבר דאין בו דין חלוקה היה אפשר לומר דאין כאן מחלוקת בין הרשב"א עם מהר"י ן' מיגאש מטעמא דאיכא למימר דע"כ לא אמרה הרשב"א אלא דוקא בשותפין שקנו דבר שאין בו דין חלוקה וכטעמא רבה דיהבו הרשב"א והראשונים ז"ל למאמר דאי אפשר להשתמש ולדור בחלקו לבד אם לא גם בהצטרפות בחלק חבירו א"כ מעיקרא בשעת קניה כל אחד ואחד מקנה לחבירו כל זכותו וכל חלקו לאותה שעה שמשתמש חבירו לבדו ושאי טעמא לא שייך אלא דוקא בשותפין האמנם ביורשים שירשו ממורישם דבר שאין בו דין חלוקה דלא שייכא הך טעמא דהקנאה מכל אחד לחבירו אלא דוקא אחר חלוקה וכמו שאמרו האחין שחלקו לקוחות הם אמור מעתה דנדון מהר"י ן' מיגאש דקאי ביורשים שפיר דן דינא הרב ז"ל דתחשבין על מי שדר בבית לפרו' חלקם של שאר היורשים ומינה אני אומר ועליה אני דן דאחד מן היורשים שאסר לחבירו חלקו בקונם בדבר שאין בו דין חלוקה דאסור ליכנס לחצר דהא ליכא טעמא דמשלי אני דר דהא ליכא הקנא' כל אחד לחבירו

ואל תשיבני מתשו' הר"ן סימן ל"ה דנשאל על דינה אשת שמעון דנפלה לה בירושה חלק אחד מבית אחת שיש לה כו' עם ראובן ולאה כו' וקם ש' ואסר בקונם מש'החצר ההוא לר' ולאה כו' ונסתפקו הדיינין כו' אי יכול שמעון לאסו' בקונ' הואיל ואין בו דין חלוקה והשיב בסימן ל"ז וז"ל איני רואה ממש לאיסורו כו' דהא אסקינן כו' מחלוק' בשאין בה דין חלוקה ואפסיק' הלכתא כראב"י דמצי למימר בחלקי אני משתמש כו' והכא נמי יכולין לומר ראובן ולאה לדינה כו' יע"ש דמשמע לפום ריהטא דאף ביורשין פשיט' ליה להר"ן דשייך טעמא דתלמודא דהא לא מכרעא דמי הגיד לך דר' ולאה הם באים מכח אחד עם דינה דילמא ראובן ולאה לקחו בשותפות הבית והחצר עם אביה של דינה דהא ודאי איכא טעמי' דהקנאה או אף אם נאמר נמי דראובן ולאה הם באים מכח ירושה דילמ' אביהם מכח קניה הם באים שקנו בשות' עם אביה של דינה וכבר ראיתי להרב מהר"א אליגרי ז"ל בתשו' ז' חלק י"ד דנדון הרב היה דרחל ולאה ירשו בית שאין בה דין חלוקה ולאה היתה משתמשת בבית זה כו' ועברו לדברי ריבות ובאה רחל והדירה ללאה כו' והשיב הרב דמותרת לאה להשתמש מאחר דקיי"ל כראב"י יע"ש ולא עלה עי"ד לצדד בהאי חילוקא שצדדנו ואיכא למימר דאחד מב' אופנים או דקדמה לו ידיעה להרב דלא היו רחל ולאה אחיות הבאות מכח מוריש אחד אלא מכח ב' מורישים הם באים או דלא ירד הרב בחילוק זה

ואף

ואף שיהיה למאי דאמרן עלה כבר בירר דבריו הרשב"א דאפילו בדבר דיש בו דין חלוקה פטור מטעמא דהוה דבשלי אני דר ולא מחייב לתת לחברו חלקו מדמי השכר ולא אמרינן מאן פלג ליך וכטעמו של הרב מהר"י ן' מיגאש אלא מש'דפליג עליה דהרשב"א וכן מש'כ מהרו'התשב"ץ ח"ב סימן ר"ח דנשאל הרב ז"ל דבא ש' נטען' הלוו שדר בו והבירו לא דר ובא'קי נשתמשתי ואיני נוהל'ך כלום והשיב הרב ז"ל לענין השכירות פטור מלשלם מאחר דהלך למה' ולא השכיר חבירו הא"כ ה"ל החצר דלא קיימא לאגרא דפטור יע"ש ומשמע לשונו מוכח דאי היה האופן דכשה'ך השות' למ"ש היה חלקו מושכר לאחרים ומוב הלך השו' מהחצר ואח"ך דר בו השותף בכל החצר חייב השות' לשלם שכרו ולא מצי טעין דבשלי אני משתמש והרב בנו הרשב"ש בסימן ש"ו נשאל כנדון הרב מ"א והשיב הרב דפטורהן השכירו'כיון דלא קיימ'להגר' באמנם הם היתה חצר עשויה להשכיר ודר השותף בכולו כך היה דינו לדור השות' החצר כנגדו עכ"ל

הנה מוכח מדברי שניהם דפליגי על הרשב"א בין בהלכתא ובין בטעמא שכתב הרשב"א דלא דמי לדר בחצר חבירו שלא מדעתו דרב המרח' דשות' שאני דיש לו זכות בחצר ומאחר דיש לו זכות בחצר מצי טעין בשלי אני משתמש וזהו טעמו של הרשב"א באמנה מדברי שניהם הרשב"ץ והרשב"ש מוכח דפליגי עליה דהרשב"א בזה וע' נמי להרשב"ש בסימן קי"ן דהלך בשיטה הלזו

באופן דמאחר דמצינו מפורש יוצא למהר"י ן' מיגאש ז"ל סברה הלזו דלא האניא הטעם דבשלי אני דר משום דמאן פלג ליה כמו כן נמי איכא לצדד ולומר דהתשב"ץ ובנו הרשב"ש בשיטת מהר"י ן' מיגאש קיימי וראיתי להרב עדות ביעקב סימן ק"ד דקשיא ליה טובא על סבר'הרשב"א הלזו דאינו חייב להעלות לו שכר מטעמא דבשלי אני דר ממתני' דפ' הבית והעליה דהמאי אמרו לבעל העליה הדר בבית צריך להעלות לו שכר ולבעה"ב דהרי בעל העליה עם בעה"ב שותפין הם בקרקע דלבעה"ב יש לו ב' שלישי קרקע ולבעל העלי' שליש לימא ליה בעל העליה בשלי אני דר יע"ש והרואה יראה בהיות השקפה דאין כאן תמיהא כלל דמאי האניא ליה לבעל העליה השליש שיש לו בקרקע בלתי דירת בית הבנויה ע"ג הקרק' דע"כ לא אמר' הרשב"א אלא דוקא היכא דחלקו ראוי לדירה בלתי יציאותיו של שות' חבירו ברם היכא דבלתי יציאותיו של שות' חבירו ובלתי ממונא אינו ראוי לדירה אם לא בהוצאת ממון בהא שפיר מודה הרשב"א דמשלי' נו רוקו דליכא הטעם דבשלי אני דר וזה מדקדק בדברי רש"י שם במתני' וז"ל אף זה דר בתוך של חבירו כו' שהעליוני בית וזה אין לו מקום לדור יע"ש כלומר דהשלישי של קרקע של בעל העליה לא חשיב דירה דלא דירה דלא דיירי אינשי בלתי בנין ויעויין להתשב"ץ שם שכתב וז"ל דהוצאת הבנין חייב לשלם לו כו' דלא דמי להלוהו ודר בחצירו דמחזי כרבית כו' דאפי' לר' יהודה דחייש להכי בפ'הבית והעלי'הכא מודה דליכא חשש רבית לפי שכבר היה לו דירה בחצר והכי מוכח מדברי רש"י ז"ל עכ"ל פרי מגמע דרב המרחק בין היכא דהוא בנוי להיכא דהקרקע הוא בלתי בנוי וכאמור

עלה בידינו דהאי דינא תליא בפלוגת'דרבוו' וכאמור וכבר ראיתי לשו' זרע יעקב הביא דבריו המט"ש שם סי' קע"א הנב"י אות דהבין שדעת התשב"ץ כדעת הרשב"א וע' שם מ"ש המט"ש שם ולפי מ"ש דמתבו' הרא"ש מוכחת שלא כדברי הרשב"א שפיר מצינן למימר דהתשב"ץ והרשב"ש בשי'הר"י ן'מיגאש קיימי ואין לצדד ולומ' דמהר"י ן' מיגאש קאי באופן שכת' הר' ב"ד ודוק

והנה בנ"ד דכבר דר ר' ואחיו בבית אחת הנה דלר' יש לו בדירת הבית הלזו עדיפות' יתירתא מ"מ כיון שדרו ביחד בשיתוף אינם מחוייבים האחים לתת שום פרוטה אליבא דכ"ע ואף מהר"י ן' מיגאש מודה בדר בבית האחים שהשכירו ר'לאחרים ונטל דמי השכירות לעצמו אין הדין כן אלא חייב ר' לתת חלקן לאחיו לפי חלקם הנוגע להם דהיינו ר' יקח ה' חלקים והשאר האחים יטלו ג' חלקים חלק לגולגולת ולא שייך הכא מחלוקת מהר"י אלברצלוני והטור הביאו בסי'קע"א סי"ט דמאחר דכבר הסכימה דעתם של כל האחים להשכירה לאחרים לא הוצרכו עלמא לדור בה א"כ יטול כל א' חלקו הנוגע לו ושפוט הוא הנלע"ד כתבתי נאם הצעיר

אליעזר די
טולידו

סימן ס

שאלה ראובן היה לו חובות בגוים בשטר ואמר ראובן לשמעון קח לך שטרי חובות הללו של גוים דחייבין לי ולך ודון עמהם ואני אתן לך את שכרך ושמעון לקח את שטרי החוב'הנז' ותבע אותם בערכאות שלהם ופיזר ממון רב על זה וגבה מקצת מההובות הנז' מו"מ ועתה בא שמעון לתבוע מראובן דמי ההוצאות שהוציא ושמעון הוא חשוד על השבועה ויש להסתפק לכאורה מאחר דאין זכות לשמעון לגבות חובו דהיינו דמי ההוצאות אם לא בשבועה כדין המוציא הוצאות שצריך לישבע כמה הוציא והוא חשוד לא מצי לאשתבועי וליטול ולהפך לראובן שכנגדו לא מצינן מאחר דהוא שמא א"כ היכי לדיינו דייני אם נוטל שמעון כל ההוצאות שהוציא בלתי שבועה שישבע או לא נוטל כלום ומפסיד ושכמ"ה

תשובה הנה התוספות פ' מציאת האשה ד' פ' ע"א כתבו דאיכא תרי גווני נשבע ונוטל האחד דתיקנו דבשבועה איהו נוטל דמכל הדין לא היה נוטל ואפי' בשבועה והשני דתיקנו דלא יהיו נוטלין אלא בשבועה דמדין תורה היה נוטל בלתי שבועה כגון הבא ליפרע מנכסי יתומים ופוגם שטרו ומוציא הוצאות דכולהו מדין תורה שקלי בלא שבועה יע"ש וכ"כ רובן של הראשו' ז"ל יעויין בתוספותיהם לשבועות וכבר נודע מחלוקת הרמב"ן

הרמב"ן והרמ"ה והראב"ד פ"ב מטוען דין ה' היכא דהחשוד הוא מאותן שהיה דינם מן התורה ליטול בלא שבועה לדעת הרי' המאור סוף פ' כל הנשבעי' והראב"ד והרמ"ה דבזה יפה כח החשוד שנוטל בלא שבועה מאחר דהשבועה הבא' אליו הוא מכח חומרא מדרבנן דמדין תורה היה נוטל בלא שבועה כגון פוגם ושבא ליפרע מכח שטרו והמוציא הוצאות כיון דשליח הוייה והשליח בריא והמשלח שמא וכמ"ש הרב בעה"ת משם ר"י ן' פלט יע"ש וא"כ בנ"ל לו יהי דשמעון החשוד מ"מ גובה חובו מראובן בלתי שבועה דמלינו הוטא נשכר

אלא שכנגדם חלוקים עליהם הרמב"ם והרב בעל העיטור דאינו גובה חובו החשוד כלל אלא נשבע היסת שכנגדו ונפטר יע"ש וא"כ בנ"ל כיון דאינו יכול שמעון לישבע מפסיד ולראובן נמי לא רמינן השת דהא לא ידע כמה הוליי' ש' ומלי ראובן למימר קי"ל כדעת החולקים דאף במילי דמן התורה גובה חובו בלתי שבועה היכא דהו' חשוד מפסיד

ואיברא דהיה אפשר לומר דע"כ לא פליג הרמב"ם אלא היכא דהא מיהא משתבע הנתבע דהיכא שבועה גביה דנמצא דהחשוד נוטל ששבועה בעד זכות ממונו אמנם היכא דלא אפשר לנתבע לאשבועי כגון נ"ל אף הרמב"ם יודה דלא אזיל הנתבע והולך בלא כלום לא שבועה ולא פרעון ומ"ש הרמב"ם דין ו' היה החשוד מןהנשבעים בטענת ס' אין הכרע לזה דלא קאי הרמב"ם אלא לנשבעים ונפטרים כו' ונפטרים וכגון שותפין ואריסין כו' והאי ליתא נקטי' הרמב"ם שם פ"א דין ד' וה' וכן פירש הסמ"ע סימן ל"ב יע"ש

אמנם ראיתי בתשו' הריב"ש סימן ק"ח רמוה מרן ב"י שם שכתב וז"ל ועוד שאפי' היה חשודה ולא תוכל להשבע לא תפסיד כתובתה כו' שאין הירושי' שכנגד' יכולין לטעון טענ' ודאי אלא טענ' ס' ואין שכנגדה יכול לישבע וליפטר שבוע' המכהישתו בברי וכ"כ הרמב"ם ז"ל שאם היה החשוד מן הנשבעין בטענת ס' כו' ונראה מדבריו אפילו בנשבעי' ונוטלין כמו שביאר כו' וכל זה שכנגדו טוען ברי יע"ש ומשמעו' דבריו נראה דבמידי דרמו רבנן שבועה עלי' ליטול כמוציא הוצאו' ומכיר כליו וספריו כו' דנשבעין בטענ' ס' דכשכנגדו חושד עליו אם הוא חשוד נוטל החשוד בלתי שבועה דאוקמוהו אדיניה דנוטל בלא שבועה

והכי משמע ריהטא דדברי התוס' דפ' הכותב דפ"ח ד"ה מייתי לה כו' דהביאו דברי ר' אבא דבשניהם חשודים חזרה שבועה למקו' לה ופורע בלתי שבועה דכשכנגדו אבל במחוייב שבו' מדרבנן כפוגם כו' דמדינא נוטל בלא שבועה אלא דרמו רבנן עליה שבועה ואם היא חשודה והבעל אינו חשוד נשבע בעלה ומפטר ואם שניהם חשודים לא מכסדת אלא נוטלת בלתי שבועה ויפה כחה כשהיא חשודה יע"ש וכן פירש מהרש"א יעויין בדבריו דהבין כך בדברי התוס' וכאמור והרב נ"מ ד"ש ע"ב בניהם בנ"ע יע"ש וא"כ מוה שכתבנו תורה יוצאה

לנ"ל דגובה חובו שמעון בלתי שבועה מאחר דמדינא היה גובה בלתי שבועה וגם דשו"ם הא פחמירו רז"ל שישבע ויטול מ"מ היינו דוקא היכא דאפשר ברם היכא דלא אפשר כגון שהוא חשוד לא אפקיעו הכניס ממונו

ברם מה נעשה דהטור בא"ה סימן צ"ו ס' ט"ו כתב וז"ל ואם היא חשודה אם כשכנגדה אינו חשוד ישבע ויפטר ואם הוא חשוד אין כאן לא שבועה ולא תשלומין עכ"ל הרי בהדיא דהגם דמלינ' דאורייתא היתה נוטלת בלתי שבועה עכ"ז מאח' דרמו רבנן שבועה דלא תפרע אלא בשבועה מפסדת כל היכא דלא נשבעה הגם דמה שאינה נשבע' אינו מנלדה דהיא רוצה להשבע בבריא וליטול אלא מפני שהיא חשודה לא שבקינן לה לישבע אפ"ה מפסדת דהפקיעו חז"ל לכל הנשבעין ונוטלין אף באותם דמדאורייתא נוטלין בלא שבועה דלא יזכו בחובם אם לא בשבועה וממילא נפשטה שאלתינו דפטו' ראו' מלשלם לשמ' ואפי' שבו' מאחר דליכא ידיעה גביה שו"ר להרב דברי אמת קונט' ה' דל"ס ע"ג דעמל ע"ד הריב"ש הנז"ל והביא דברי התוס' הנו' ופרשם כאשר כתבנו ודלא כמו שפרשם הרב נ"מ ז"ל ויעויין להרב ד"מ ה"א דקפ"ב ע"ב ׳ ובעומדי על ענין זה ראיתי להרב בעל פרישה ודרישה שם בא"ה שעי"ע שהקשה לדברי הטור הללו שפסק דאם היא חשוד' שישבע שכנגדו ויפטר הם לדברי הרי"ף בתשו' וכמ"ש הרא"ש ואילו הרי"ף הביא דבריו הטור ח"מ סימן צ"ב דאם הוא חשוד מהנשבעין ונוטלין דהנתב' פטור בלא שבועה ולזה תירץ יע"ש

והילך תשובת הרי"ף סימן פ"ה שאלת אחד שהיה מן הנשבעין ונוטלין החשוד אם תחזור אותה שבועה בעצמה על הנתבע או לא תשו' אם היה אחד מן הנשבעים ונוטלים חשוד אין הופכין אותה שבועה בעצמה כו' אלא תחזור על הנתב' היסת יע"ש ׳ והנה הרואה יראה דברי הרי"ף הללו בכלנוטל בשבועה משביעינן לשכנגדו היסת ולא שמיע ליה להרי"ף הני תירוצי של הסמ"ע ועי' להרב ש"ך סימן פ"ב ס"ק י"ט וגם' שערי בינה שער ד' דב"ן ע"א תיר' וז"ל ונראה דסברת הרי"ף דכל תובע חשוד אינו יכול להשביע היסת משום דהיסת נתקן משום חזקה דאין אדם תובע כו' ומסתברא ליה להרי"ף דחזקה זו לא שייכא בתובע חשוד עכ"ל וגם זה לא נהירא להרי"ף וכאמור והאמת דצריכין אנו למודעי דברי הרי"ף אהדדי

ואף שיהיה למאי דאתאן לנ"ד כבר כתבנו דס"ל להטור ומרן ז"ל בא"ה דאף במילי דמדאורייתא היה נוטל בלתי שבועה אם שניה' חשודי' מפסיד החשוד ותינה בנ"ל פטרינן ליה לראובן הן מפרעון והן משבועה דמלי למימר קי"ל אלא דשמעתי אומרים דשמעון הנז' בשאלה הוא מוחזק ומעתה הדר דינא ולא מצינן לאפוקי מיניה דשמעון מתרי טעמי חדא דאע"ג דמהרי"ם ריקאנטי הביא דבריו הרב ש"ך סימן פ"ו ס"ק כ"ג כתב וז"ל ואם כנתבע הוא חשוד ושכנגדו תפוס היה נראה דאין תפיסתו מועלת דלא שבקת חיי כו' ורפיה בידים והרב ש"ך כתב עליו ולי נראה ברור דאין תפיסה

חפיסה מועלת בחשוד יע״ש כבר ראיתי להרי״ף בתשו׳ סימן פ״ע כתב וז״ל שבועת היסת אין הופכין אותה מן החשוד למי שאינו כו׳ ואין תקנה לתובע אלא א״כ תפס מן הנתבע ישבע שאין לו כלום וזה שנטל כדי ממון שהיה אצלו הוא עכ״ל , הרי בהדיא דלא כמו שנסתפק מהרי״ט ולא כמאי דפשי׳ ליה להרב ש״ך דלא מהניא תפיסה

ושור להרב ד״א נקונט׳ ד׳ ל״ה ע״א דהביא דברי הש״ך נו׳ וכתב עליו אבל ראיתי להרמ״ך הביא דבריו הרב בח״ז כו׳ דכתב תשובת לרבינו כו׳ יע״ש ונראה דהיא היא תשו׳ הרי״אלפס שכתבתי וא״כ מינה בנ״ד דלא מפקינן זאת ועוד אהרת דהא כתבתי דיש מחלוקת עכום במידי דבר חיובא מה״ת וגונב בלתי שבועה אלא דהכמים רמו עליו שבועה אם הוא חשוד יפה כחו וגונב בלתי שבועה וכנו״ל ומעתה מלי במעון למימר קי״ל והו הנראה לע״ד

הצעיר

אליעזר די טולירו

סימן סא

שאלה ראובן קא תבע לשמעון ואומר לו אתה נשתתפת עמי ומסרתי בידך שני אלפים גרו״ש מסחורה פ׳ בחוך אודה פ׳ ושמעון השיב לראובן לא מסרת לי אלא שני מאות גרוש״ש מסחורה פ׳ בחוך האודה וכבר פרעתי׳לך ולא נשאר לך בידי מאומה והביא שמעון לעדות ולראי׳לטענתו דהיינו שניום שישב באודה הנו׳ כדי להתעסק כדרך הסוחרים נכנסו סוחרים שהם שכנים לאודה לומר לס׳ נס״ע שכן דרכם ולא ראו למרבה אלא השני מאות גרו׳ש כמו שטען שמעון ור׳ לוא ככרוכיא נגד ש׳ דאין טעם וריח בעדות השכנים הללו דמי לא יימר דמהמול שלשום קודם שישבת באודה להתעסק עשית כפי רצונך בתוך האודה בהסתר פעם ושיירת כמו מאתים גרוש׳ ועדים הללו אינם יכולין להעיד ע״ז ועוד טוען׳ אחר לאחו מב״ד שבדק בפנקסו וראה כתוב מכתב ידו איך ביום פ׳ מסרתי ליד ש׳ בהורת שותפות שני אלפים גרוש׳ דהיינו האלף ומאתים גרוש׳ והמונה מאות בסחורה פ׳ וטוען ר׳ שכך היה האמת ומה שטען מקודם דהכל הוא מסחו׳ הוא מכח ריחוק זמן שיש כמו י״ג שנים אלו הם הטענות שעברו בין השותפים הנו׳

תשובה על מעשה הלז נשאל מורי הרב חנא דבי אליהו נר״ו ואמר לי פוק חזי ואענו ואומר דנלע״ד דטענת ר׳ הבא בשאלה טענ׳ מעלייתא היא וזכה בטענתו ואין בעדו׳ השכנים דבר מוכחש לאכחושי דברי ר דכלל תוספת בידינו דאין לא ראינו ראיה והכי מתבאר תסוג׳ דפ״ב דכתובות דפריך תלמודא פשיטא אין לא ראינו ראיה ומשני לא צריכא כגון דדיירי בחצר אחד מהו דתימא הם איתא שנתקדשה קלא אית ליה למלתא קמ״ל דעבדי אינשי דמקדשי בצנעא ע״ש הרי דהגם דדיירי האשה והעדים הללו שמעידים שלא נתקדשה בחצר אחד ובשכונה א׳ וכמ״ש הרב בצלאל בח״ו משם הגאונים ורובא מסייע להו לשכנים שאומרים שלא נתקדשה וכמ״ש הרשב״א ח״ב סי׳ ל״ב הביא דבריו הרלב״ו בישנות סי׳ כ״ו אע״פ כן כיון דלפעמי׳עבדי אינשי דמקדשי בצנעא אין עדותם של השכנים עדו׳ כ״ש בנ״ד דאפשר שמתמול שלשום הוציא מה שהוצי׳ בצינעא שכן דרך הגנבים דעבדי בצנעא ואין בעדו׳ של השכנים מכחיש לדבר זה דהיינו שביום שישב באודה נכנסו הסוחרים שהיו שכנים לאודה הנו׳ ולא ראו למרבה אלא השני מאות כמו שדיקדק מהרא״נ״ח ח״ב סי׳ מ׳ שאינו מוכרח שכל שדר בחצר אחד ירא׳ כל מה שעושה חבירו וע״כ לא אמרו הכי בתלמודא אלא מטעמא דדברים הללו רישומן ניכר ויש להם קול יע״ש

וכי תימא דלעולם אימא לך עדותם של השכני׳ מועיל ומהניא בנ״ד לאפטורי נפשי׳ משבו׳ דהא הוכחשה טענתו של ר׳ע״י עדותם של העדות השכנים ותלמודא שאני דאיכא לפנינו עדות ברור שמעדים שמקודשת גמורה היא מש״ה לא אלימא סהדותייהו למימנינהו כנגדם וכמו שנר׳כן מדקדוק דברי הגאונים ודעימיה יעויין בגדולי האחרונים איש על מקומו וא״ה אילו היה לר׳ התובע עדות ברור שהיו מעידים שמסר ראובן לשותפו וכמו שטוען ראובן או לא היו עדותם של השכנים ממש להא אמינא דהא לא מסתבר׳ כלל דאם אתה אומר דעדות׳ עדות ובנ״ד אף דעל פי טענתו של ראובן מחייב ש׳ שבועה מ״מ האניא עדות זו לשמעון לאפטורי נפשי׳ משבועה כיון דהוכחשו דברי ראובן א״כ אמאי לא מקרי עדות מוכחש אלא ודאי דע״כ לא אמרו הגאוני׳ ז״ל אלא דוקא התם בסוגיין משום דמסייע להו רובא דאי איתא שנתקדשה קלא אית ליה למילתא ובכה״ג אילו לא היו עדים כנגדייהו הוה חיישינן להו לקמאי דאומרים שלא נתקדשה או היכא דהוו באותו מעמד ומעידים שלא ראו כל כה״ג ודאי דאיכא למיח׳להו לא כן בנ״ד דאין בעדותם דבר מוכחש לדברי ראובן דאפשר דמתמול שלשום עשה מה שעשה וכמ״ש הרשב״א ח״ב סימן ג׳ דדילמא בא שוטר באישון לילה ואפלה בשעה שאין השכנים ובני החנויות שם יע״ש ואף דאין ראיה לנ״ד מהתם מ״מ מכיאו׳ הענין למדנו מהרשב״א

וגדולה מזו נסתפק הר׳ בעל העיטור ד׳ ט״ל דאילו אמרי סהדי הוינן תמן באותו מעמד ודייקנא שפיר בנגילתא ולא ראינו מידי אי זה נכנס בסוג לא ראינו ואף דכתב דמסתברא דכיון דהיו באותו מעמד אלו עם אלו עדו׳מוכחשת היא וכ״כ הרב בצלאל בא״ו משם שיטה ישנ׳ ומשם תלמידי הרשב״א וכמ״ש מהר״י באסן ז״ל הובאו דבריו בתשו׳ מהרימ״ט חא״ה סימן ל״ו ומהרא״נ״ח ח״ב סי׳ מ׳ וכמו שאס׳ איש טהור מרן החבי״ב ה״מ סימן כ״ע היינו דוקא היכא דהוו גבלי הדדי באותו פ׳ באותו מקו׳ואף ע״ז הבין מרן ב״י דצריך שיאמרו העדים לא זזה ידינו כו׳ וכך הבין מהר״ח באסן סימן ק״ך ועי׳ להרב ה״ס שם בהגב״י ואף הכל זה דשקלו וטרו הרבנים הנו׳ הוא להיות כנגדם עדות ברור מ״מ כבר כתבנו דהיינו דוקא משום דעדותם הוא שהיו שם במעמדם של העדים הראשונים

ואף

ואף · שנאמר דמידי ספיקא לא נפקא וכיון שה' מוחזק בעצמו שלא לישבע אינו נשבע מ"מ כיון שהטוען מחוייב לישבע על ב' מאות בנ"ד מגלגלין עליו הכל ואף דכתב מהרי"ט באהע"ז סימן ט' דאין אחר עדות כלל ה"ד עדות ברור לא כן בנ"ד

אלא דמה שטען ראובן אח"ך ואומר דמה שטען מקודם שהיו השני אלפים מסחור' לא היה כן אלא האל' ומאתים היו ממעות נעין וה' מאות היו מסחורה לכאורה נראה דמכח שרא'עדים חזר בו מטענתו הראשונה אלא דמורי הרב אסברא לי דכל כה"ג לא מקרי טענה אחריתי והוא דאמרי' בפ' שבועת הדיינין ד' מ"א ההוא דאמר ליה להבריה הב לי הית מאה זוז דמשיקנא בך והלה אמר לו נתתי לך ק' קני עפלי דקיימי שיתא א"ל ולאו בארב' הוו קיימי אמר רבא הוחזק כפרן ופריך והא כל מילתא דלא כו' ופרש"י ווה אמר פרעתיך מ"מ אם לא בעפלים פרעתיך במעות דלא רמיא עליה לומר באיזה אופן פרעם ומשני קילותא דתריצא מדכ'דכירי אינשי יע"ש והא הכא דאף שזה טען מעיקרא דמאי דפרעיה למלוה היה מסחורה ולא ממעות ולא הוכ' כלל דמים אי לאו טעמא דקילותא כו' היה נאמן לטעון ולומר קנתם היה ממעות אףדפרע דייק היינו עצמות הפרעון דנעשה ן' הורין ממנו לא מציאות הפרעון וגם דקי"ל דאינו טוען והוזר וטוען אפי' מפיטור לפיטור היכא דכבר באו העדים הכא אינו נחשב טענה אחריתי וא"כ אף הכא נמי בנ"ד נאמר דזה לא דכיר מאי מסריה בידיה דשותפו אי הכל היה סחורה או מקנתם דמים ואיןלהלק ולומ'דהיינו דוקא להחזיק אבל להוציא לא דוה מנין לנו והשתא דאתינן להכי לא צרכינן ליפא וליחן אי נאמר האי דינא דחוזר וטוען מפיטור לפיטור בתוב' דעמדו האחרונים ז"ל ומינה דמ"ש למעלה דמדין גלגול מצי לאשבועי היינו דוקא לשם מאות אמנם מורי הרב הנא דבי אליהו נר"ו קא כשיק ותני דכה"ג לא השיבא עדות כלל וא"כ נשבע ש' על הכל ב' אלפים גרו"ש ואף אם נאמר דזה השיב חוזר וטוען וכך עשה מעש'

נאם הצעיר **אליעזר די טולידו**

סימן סב

במחלוקת הראשונים ז"ל אי עשו חק"ה בגנב מפורשים להסתפק היכי עבדינן עובדא דיראה דכיון דרי"י והרא"ש סברי דעשו חק"ה לא מפקינן מיד הלוקה בלא דמים או איכא למימר כיון דסו' סוף הני מטלטלי למיהדר קיימי ה"ל בחזקת בעליהם ואי משום דמי אמרינןליה אייתי ראיה דעשו חק"ה דומיא דההיא דיתומים אומרים אנו השבחנו כו' ודכוותה גבי אילן ס' וה קדם כו' ואין לחלק· ולומר דשאני מטלטלי דשייך בהו תפיס' כו' והדבר צריך לי הכרע מהרימ"ט ח"מ סימן י"ב והביא דבריו הרב כנה"ג ח"מ סימן שנ"ו הגה"ט אות ט' יע"ש

והנה מתשו' מהרא"נ"ח ה"ב סימן מ"ו יש לבר' ספקו של הרב מהרימ"ט שנשאל יעל לשון שטר מסופק אי מאוחר זמן הפרעון או מוקדם דן הרב ז"ל דהמלוה מוחזק ועל הלו' להביא ראי' דכיון דהני מעות לחזר'קיימי הרי הוא כאילו אינו מוחזק בהם הלוה וכדאמרינן גבי אילן כו' יע"ש למדנו מדברי הרא"נ"ח ז"ל דפשיטא ליה דאף במטלטלי דשייך בהו תפיס' בפועל דיינינן בהוא דינא דאילן ומפקי' מיד התופס וא"כ איכא למימר אין ספיקו של הרב מהרימ"ט מוכיח מידי ודאי של הרב מהרא"נ"ח אמנ' הרב כנה"ג בתשו' ח"מ ה"א סימן קל"ח כתב דכיון דמהרימ"ט מסתפק בדבר מי יוציא מיד המוחזק יע"ש ולכאורה היה אפשר לומר דהא גרמה ליה להר'דלא שלטא ביה עינא דשפיר חזי בתשו'מהרא"נ"ח הלוו דלתיבנא

ברם מאותה תשו' של הרב מהרש"ך ח"א סי' פ"ו משמע דלא כמהרא"נ"ח ז"ל דנשאל על מי שגזל שפחה ומכרה והשיב כיוןדפלוגתא דרבוות' היא אי עבדא כמקרקעי דמי או כמטלטלי מצי הלוקח לומר קי"ל כמ"ד דכמטלטלי דמי ולא מפקינן מיניה בלתי דמים יע"ש הרי בהדיא דאף דהשפח' הלזו למיהדר קיימא והס' הוא בדמים לא מפקינן מיד הלוקח ול"ד לאילן דכיון דשייך תפיסה בעבד א"כ חשבינן ליה מוחזק וראיתי מי שכתב על תשו' הלזו של הרב מהרש"ך דסתרי דבריו אהדדי ממ"ש בח"ב סימן פ"א שדן הרב כיון דהס' הוא בדמים והרעא למיהדר קאי מפקינן בלתי דמים והאל' הוא לא חש לקמחיה דהתם בה"ב קאי הרב מהרש"ךנקרק' גמור דלא שייך תפיסה והוי כההיא דאילן מש"ה דן דינא הרב ז"ל דלא מצי למימר קי"ל אבל ההיא דח"א דשייך תפיסה לפי דעת מהרש"ך דלא כמ"ש הרב בני יעקב סימן ד' יעויין להרב ח"ש סימן ד' הגב"י אות ט"ו פשיט ליה למהרש"ך דל"ד לאילן ושפיר דן דינא הרב מהרש"ך דלא מפקינן בלתי דמים אבל מתשו'הרשב"א במיוחסות סימן פ"ד מתבר' כדברי מהרא"נ"ח ז"ל דאףבמטלטלי דשייכי בהו תפי' דיינינן דינא דאילן דנשאל על מלוה דתופ'המשכון בידו ואיכא הכחשה ביניהם דמלוה אומר ך' ולוה אומר יו"ד דעל המלוה להביא ראיה ואין תפיסת המשכון ראיה כיון דלאורה עומד הרי הוא כמוחזר כאותה שאמרו יתומים אומרים כו' ואילן הנטוע כו' אף אנו נאמר כאן כיון דהמשכון להורם קאי כמאן דמוחזר דמי ועל המעות אייתי ראיה ושקול עכ"ל הרי בהדיא דפשיט ליה להרשב"א לכאורה דל"ש קרקע לש' מטלטלין כיון דהס' הוא בדמים דיינינן בהוא דינא דאילןוהרי לכאורה כסברת הרב מהרא"נ"ח ז"ל ואין להביא ראיה מתשו' מהר"ם באחרונות סימן קכ"ה ואתים עלה ר"י ורמזה מרן ב"י א"ח סי' קנ"ה משם מ"כ ופסק' מרן בש"ע ח"מ סימן קע"ו סעיף מ' דמדמי ר"י להההיא דאילן אף דהנדוןהוא מטלטלי גמור משום דהתם לאו בתופס עסיקינן יע"ש ·

אמנם איכא לפלוגי מתשו'הרשב"א ומהרא"נ"ח דהוי ס' דמציאות היכי הוה עובדא לספיקא

לספיקא דדינא. ולא מבעיא לכת האחרונים ז"ל דסברי דטענת קי"ל הויא טענת ברי אלא אפי' לסברת מהרש"ך דעליה אנן קיימין דס"ל במקצת תשובותיו דטענת קי"ל הויא טע"ש יעויין להרב המבי"ט סימן ד' הנב"י אות ה' מ"ש משם מהרש"ך וגם מהרימ"ט ס"ל דטענת קי"ל חשיבא טענת שמא כמ"ש בה"א ובתשו' כלנו יעויין בהאחרונים ז"ל עכ"ז פשיט' ליה למהרש"ך דלא מדמינן לאילן ושפיר חפים ולהרב מהרימ"ט נאמר דלזה כתב והדבר צריך הכרע אלא דראיתי להרב פמ"א ח"א סימן ק"נ דדן הרב להפך דאף בס' דדינא ופלוגתא דרבוותא דהוי טע"ש כיון דהס' הוא בדמים והמשכון לחזרה קאי הויה כמוחז' ועל המלוה להביא ראיה ואף דהיה אפשר לחלק לנדון מהרש"ך דהיה טענת הלוקח טענת לקוחה דטוען בגופו של הכך שלי הוא לא כן בהיכא שטוען דתמושכן בידו כהביא דהרב פמ"א ז"ל מ"מ סו"ס מאי מעליותא איכא לדינא כיון דזה וזה מדין תו' להורה קאי אלא משמע דפליג הרב פמ"א ז"ל

ונ"ע דכ"ז שכתבנו הוא בס' דדמים אמנם היכא דהס' הוא בגוף החפץ וגו' החפץ עתיד לחזור בה"א כתבו רונן של הראשוני' ז"ל דהגם דעתי' לחזור ליד הבעלים לא מוקמינן ליה בחזקת מ"ק עי' לרבותינו בעלי התוס' סו' פרק השואל בהביא דפרדסי דכתבו דמאן דתפיס מוחזק וכן דעת הרא"ש שם וגבי פלוגתא דרב נחמן ושמואל דדוקא בקרקע קי"ל כרב נחמן וכ"כ הר"ן שם הביא דבריו הר' בצלאל והרב הנמק"י שם ובהביא דפרדיסי

וכן כתב הרמ"ה בחי' לבתרא פ' המוכר גבי ארעתא דר' חייא אבל הרמ"ך הביא דבריו הרב בצלאל שם כתב וז"ל ונראה לומר דה"ה אם השכיר לו מטלטלי כו' אמרינן נמי דמוקמינן ליה אחזקתיה יע"ש וכן דעת ר"י בעל התוס' שם בפ' המוכר והכי מוכח דכ"ל להרשב"א שם בבתרא הביא דבריו הרב בה"ז שם דכ' דעד כאן לא אמרו בפ' השואל אלא דוקא דא"ל פרדיסאי דכולל כל מה שהוא שלו אבל הינא דאמר פרדיסי מיעוט פרדיסי שתים דומיא דארעתא יע"ש ומתשו' מהרי"ט הנז"ל מוכח דקאי בשיטת התוס' דפ' השואל והכי פשיט ליה להר'מש"ל הל' טוען דע"ו ע"ג והשג ישיג על מהרא"נ"ח ז"ל יע"ש ואחר זמן רב ראיתי להרמ"ה בחי' לבתרא פ' מי שמת דקמ"ו ע"א דכתב על בעיא דשבח שבלנות וז"ל ואפי' את"ל דשבח שבלנות לאשה דינא הוא דשיימינן לה שבחה ומסלקינן לה מנייהו בדמי והדרי שבלנו' לבעל בעינייהו כו' וכיון דהספק הוא בדמי' הויא לה איהי תובעת ואיהו נתבע כו' ודמיא להביא דיתומים אומרים כו' והני שבלנות כיון דלמינב' קיימא כמאן דגבו דמי יע"ש הרי דפשיט ליה להרמ"ה דל"ש קרקע ול"ש מטלטלי מפקינן מיניה מאחר דהס' אינו אלא בדמים אמנם הטור ז"ל בא"ה סי' ן' פסק כיון דבעיא לא אפשיטא אין מוציאים מספק ואינן חוזרים יע"ש הרי הגם דעיקר השבלנות כדרי הבבא לא הדר ובכל גוונא דשבח קיימי **אה** בעיק' תשו' מהרימ"ט הנז"ל דח"מ סימן י"ב במאי דנסתפ' עי' להר' המופלא כמהר"ח פאלאג"י הי"ו בס' הקקי לב ח"מ ח"ב הנד"מ ד' קס"ו וקס"ז מה שנשא ונתן בדבריו ובסו' מסיק לענין מעשה דמצי למימר הלוקח קי"ל ואינו מחזיר החפץ בלתי נתינת דמים יע"ש)

סימן סג

ויש לחקור אי כמו שקונה לישראל חצרו קונה נמי לגוי חצרו והנה ראיתי להרמב"ן ז"ל בחי' לפסחים ר"פ כ"ש בהביא דחנות של ישרא' מילאי של ישראל דהגרסא הנכונה היא חנות של גוים ומלאי של גוים ופועלי ישראלים נכנסים לשם המץ בנמצא שם אחר הפסח אסור בהנא' ואין בעל החנות זוכה בחמ' משום מציאה דהא קיל"ן מצא בחנות הרי אלו שלו עכ"ל הרמב"ן ז"ל הנה מבורש יוצא מדברי הרמב"ן הללו דמפשט פשיט' ליה דחצר קונה בגוי כמו בישראל אף דבישראל גופיה מרבינן ליה מקרא דאם המצא כו' ס"ל להרמב"ן דחד דינא אית להו ואף דלמ"ד חצר משו' שליחות קטן לית ליה חצר משום דאינו בתורת שליחות וגוי וקטן שוים הם דאינם בתורת שליחות עם כל זה כיון דמיעוטא דגוי דאינו בתורת שליחו' הוא משום דמה אתם כו' שפיר ומשום הגוי לחצרו שלוחו ולא מבעיא למ"ד דגוי משוי שליח גוי אלא אפילו לדעת הרב מש"ל והרב מגן אברהם סימן תמ"ח והרב מח"א הל' שלוחין ועי' להרב שמע יעקב אות אלף דחלקו על הרב משאת בנימין ודעימיה איכא למימר דע"כ לא אמרוה אלא בגוי לגוי אבל בחצר לא •

ולכאורה היה אפשר להוכיח דאף למ"ד דחצר משום שליחו' עכ"ז חצר קניא לגוי הגם דליתי' בתורת שליחות דהא פסקו דקטן ל"ל חצר משום דאינו בתורת שליחות וכמ"ש מרן בח"מ סי' רמ"ג אבל בי"ד סי' ש"ך פסק מרן ז"ל דהרוצה לפטור בהמתו מן הבכורה יקנה לגוי מקום בחצירו שעומדת שם הבהמה וקנה יע"ש הרי אף דמרן כבר פסק דאין חצר לקטן משום דאינו בתור' שליחות ומינה דה"ה לגוי דאינו בתורת שליחות אפ"ה פסק דגוי קונה לו חצירו

ואיברא דראיתי לרבינו ירוחם נ"ך ח"ב שכתב כלשון הזה או יקנה לגוי המקום שהבהמה עומדת שם ויקנה לו אגבו און הבהמה יע"ש כנראה לכאורה דמתורת אגב נגעו בה והגם דאפשר למידחי דאין כונת ר"יו והטור מתו' קנין אגב מ"מ לפי ש'הרב ש"ך דס"ל דחצר אינו קונה אלא היכא דהיה חצרו מתחי' אבל היכא דשניהם באיסכא' אינו קונה מדין חצר אלא מדין אגב צ"ל דהכ' מדין אגב נגעו בה ואזדא ראייתינו והגם דהרב מה"א של' קנין חצר דחה דברי הש"ך מ"מ עי' להרב ד"א קונט'ו' דס"ב מ"ש בזה ומסוג'דע"ז דע"א ע"ב דצריך שם ותקנה ליה כליו מוכח לכאו' דקונה הגוי חצירו דהא כבר ידוע דכליו של אדם מדין חצר הוא וכמ"ש הרמב"ם ז"ל ה' מכירה דכיון דנכנסו המטלטלין בתוך הכלי אין אחד מהם יכו' לחזור והרי זה כמי שהגביהן או כמו שהזנהו בתוך ביתו יע"ש

ובפ"ת א"כ דחצר קונה לגוי מאי פריך שם לרב אשי מבן נח דנהרג דאי אמרת משיכה

מסיכה אינה קונה בגוי אמאי נהרג ואמאי לא תשני תלמוד' דלעולם אינו קונה ושאני הכא דמשעה שהכניסו הגוי לרשותו קנאו ׳ הא ליתא דהא סתמ' קתני בן נח נהרג ומשמע אפי' במצא ימצא בידו

וראיתי להר' ד"א בזכרונותיו כ"י אות חצר וז"ל חצר קונה לגוי כך יש ללמוד מפ' השוכר את הפועל שקונה לגוי כליו וידוע דכלים מדין חצר הוא וכ"כ הטור י"ד סי' ש"כ ומרן ה' יין נסך משם הרשב"ץ ועדיין לא שמענו אלא בסמוך להצר דה"ל כיד ולמ"ד דיש שליחות מגוי לגוי אף באינו סמוך ועי' הראב"ד פכ"ע מה' מכירה ומדברי התוס' פ' בתרא דע"ז הביא לדבריהם מרן י"ד סי' ש"ך משמע דלא קני חצר לגוי ועי' טא"ח סימן תל"ו ובב"ח שם ונלע"ד דס' אבי העזרי שהבי' הטור קאי בשי' התוס' והטור לטעמיה א"ל ועי' עבודת הגרשוני דכ"ן עכ"ל הרב ׳ ולדידי אין נוסח ראיה כלל דכונת ראבי"ה הוא דחובת הגוף הוא דחל עליו מצות ביעור תוך ל' יום ואפי' אם ביטלו ושוייה כאפר והרי הוא הפקר גמור וגם טעמ' דשמא ימצא גלוסק' ליכא עכ"ז משום מצוה שבא לידך חייב לבדוק ומש"ה דוקא במפרש לים או יוצא בשיירא דאינו מקיים מצות ביעור אבל אם שכר בית שכבר מקיים שם מצות בעור אינו מחוייב לבדוק ואם נכרים דברי אמת ז"ל מאי איריא במפרש אפי' בשכר בית אחר נמי דהא חמצו הוא וכל היכא דאיתיה ברשותיה הוא ועוד מאי איריא בתוך ל' יום אפי' מר"ה נמי ועוד דלא קי"ל כר"י דהפקר כמתנה אלא כרבנן כיון דהפקירו אפי' שלא בא ליד זוכה הרי הוא הפקר גמור אלא דלזה יש ליישב דהא כבר כתב הרמב"ן שישראל שהפקיר חמצו קודם פסח ולא בא ליד זוכה אפי' לדעת רבנן אסור אחר הפסח מדרבנן ה"נ ס"ל לראבי"ה דכמו שבאכילה אסור אחר הפסח ה"נ לענין בדיקה שוייהו חכמים שיהו ברשותו כיון דחצר גוי אינו קונה חייב לבדוק מדרבנן כך נ"ל דס"ל לראבי"ה לפי דעת הרב ד"א ז"ל אלא דאכתי אינו מחוור דא"כ אף בשכר בית אחר נמי ולמש"ל וע' להרב מחנה יהודה ז"ל סימן רמ"ג ומהר"ם בולה הל' קנין סודר ועי' להרב הלכות יו"ט ד"ל ולהרב קהלת יעקב ז"ל אות משיכה דג"ן ע"ב יע"ש

סימן סד

שאלה שטר הכתוב בנוסח זה להיות איקפ' ר' השכיר לש' וללוי מחלק' חנות א' המגאזין שבתוך ההנו' והפו'סאט שבתוכה וב' ידיקים של אומנות פ' בס"מ ועוד נתן ר' לש' וללוי סך חמש מאות גרוש' בתורת עסקא וכמבואר כל זה בשטר השכירות והעסקא ועתה בא ר' ונתן במתנה לש' וללוי החנות והמגאזין והפוס'אט והב' הידיקים הנז"ל הת"ק גרוש' הכל כאמור לכל נתנם לר' במתנה גמו' ב' חלקים לש' וחלק א' ללוי גופא מהיום ופירי לאח"מ כמתבאר לפ"ע כו' בא ר' ואמר לנו להיותינו ע"ג ולקנות מידו קנמ"ך במדל"ב גם בס"ח ולכתוב לכל לשון של זכות כו' ולחתום ולתת ביד ש' ולוי המקבלי המתנה להיות בידם לעדה ולראיה איך מדעתו כו' זיכה והקנה מעתה לש' וללוי ולב"ך את החנות והאמגאזין והפוסאט והב' ידיקים והת"ק גרוש במתנה גמו' גופא מהיום ופירי שאח"מ ב' חלקים לש' וחלק אחד ללוי מתנה גמורה כו' . והודה ר' איך זכו המקבלים דהיינו ש' ב' חלקים ולוי חלק א' במתנה הנז' זכיה מעליא באופן המועיל על פי מאי דתקון רז"ל כו' וכל ס' דדינא שיפול על כל ענייני שטר זה יהא נידון לזכות ויפוי כחם של מקבלי מתנה ואפי' ש' זרה ויחידאה כו' ולקיום כל הנז"ל קנינו מיד ראובן קנמ"ך במדל"ב עכ"ל השטר ושאל השואל אם שטרא דנא עשוי כהוגן

תשובה הנני בא לברר הספיקות הנופלים בשטרא דנא וא"כ אבא ליישבם ולבררם אחת לאחת ואשר אני אחזה דתלתא ריעותי איכא בנ"ד הא' היא דהת"ק גרוש' של העסקא הקנה להם הנותן בק"ס וכבר הפסיק' הלכת' דאין מטבע נקנה בחליפין ועל המקבלי מתנה לברר דלא היה מעות בעידן ההקנא' אלא סחורות ולא מעות שני' דהקנאת הב' הידיקים בעי' סילוק דיסתלק הנותן ועי"ן נזכה המקב' מתנה בשימוש ועסק למתעסק דהא בכגון דא דהיינו הקנאת ידיק של אומנות דאין כאן הקנאת מקום מעשים בכל יום לנהיגי סופרי דוקני דלא הוי אלא בסילוק יבא השלשי דכתו' בשטר ואמר לנו להיותינו ע"ג ולכתוב בכל לשון זכות כו' וכבר איפסיק' הלכת' כשמו' דמתנה הרי היא כגט דאם אמר לעדי' כתבו כו' אינם יכו' אותם העדי' לו' לאחרים לכתוב השטר אלא א' מהעדים בעינן דיכתוב השטר דמילי לא ממסרן לשליח וכמבו' בטור ומרן סי' רמ"ל ואין לומר דהיינו דוקא היכא דכתוב בשטר' ואמר לנו כתבו וחתמו כו' דצוה להם לעדים דמעשה הכתיבה יגמר על ידם האמנם היכא דלשון השטר הוא אמר לנו לכתוב ולחתום דילמא ה"ק דליכתוב שטר' יהיה מי שיהיה ולא הקפיד דמעשה הכתיבה יגמר על ידם דוקא דהא ליתא דמאחר דלישנ' ולקנות מידו הכתוב בשטר הוי ע"י אותם העדים עצמם גם לישנ' ולכתוב כו' הוי ע"י אותם עידי המתנה ועוד דזה מחלוקת עצום בין הראשונים באומר לעדים אמרו לסופר כו' אי מהניא או לא וא"כ בשטר' דנא דהעדים עצמם לא כתבוהו מטעם דלא ידעי ולא בקיאי בלישנ' דשטר' אלא דצוו לסופר לכתוב לא מהניא האי שטר'

ומעתה אבא לברר אחת לאחת התלתא ספיקי הנופלים בנ"ד דהנה מאחר דכתוב בשטר והודה ראובן איך זכו המקבלי מתנה במתנה הנז' זכיה מעליא באופן המועיל ע"פ מאי דתקון רז"ל כו' א"כ הודאת בע"ד כק' עדים דמי וכבר הודה הנותן מעצמו דזכו מקבלי מתנה דהיינו כל דבר ע"פ מאי דתקון רז"ל וא"כ שפיר זכו המקבלי מתנה לאמרי' דהמעות של העסק' קנינהו המקבלי מתנה בהגבה' גם הב' הידיקים זכו בהם המקבלי מתנ' ע"י סילוק וכנהוג ומ"ש בשטר דאמר לעדים דיקנו מידו כו' קנמ"ך היינו על ההודאה דאלת"ה אלא דעיקר הקנין היתה על הקניה נמצא דדברי השטר סתרי אהדדי מרישיה אסיפיה וכל מאי דאפשר לגלל ולפרש אפי' באנפי דחיקי מפרשינן לישנא דשטרא ׳ וב"ת

וכ״ת הרי השני הידיקי״ם הניתנין במתנ׳ הרי הם מושכרין למקבלי מתנה מקודם ונתינת המתנה לא ביטל השכירות אלא המתנ׳ היתה על עיקר הגוף ולעולם הפירות בנשארו לנותן השכי׳ קאי עלייהו וא״כ מה סילוק של נותן ומה עסק ושימוש של מקבלי מתנה קא שייך הלא מושכרין להם למקבלי מתנה וכל העסק והשימוש הוא שלהם ובמה נקנה להם

הא ליתא דלא מבעיא לדעת הריטב״א דהבי׳ הרב בא״ו פ׳ הרבית דס״ו הביא דבריו הרב מה״א הלכו׳ שכירות סימן י״ג דרצה ללמוד הרב מה״א ז״ל מלישנא דהריטב״א דכל שוכר הדר בבית ונתרצה המשכיר למוכרה לו לא בעינן קנין חדש אלא כיון דהוא מוחזק בתוך השדה ומחזיק בה כל שעה הל׳ כאילו א״ל לך חזק וקרקע נקנית בחזקה יע״ש אלא אפילו לדעת הרדב״ז שכתב וכן הדין בשוכר בית לחברו וחזר ומכרו לו אם חדש בה דבר כו׳ קנה ואם עשה דבר שדרך השוכרים לעשותו לא קנה שהרי לא עשה דבר שיורה על קנין חדש ושכי א״ל לך חזק וקנה בחזק׳ חדשה וקנה יע״ש הרי כתב שם דהיינו דוקא בסתמא אבל אם אמר השוכר הריני נועל את הפתח להחזיק וש׳ שומע ושותק או שא״ל לך חזק בדין הוא שיקנה יע״ש הרי דפשיט ליה להרדב״ז דאיכ׳ אנפא לשוכר לקנות באותו שימוש דהוה רגיל למיעבד היכא דמכוין לקניה וכונה הוא דבעינן הגם דלא חדש דבר אלא באותה דירה שהוא דר בבית ומחזיק בה קנה וא״כ הרדב״ז יפרש לישנא של הריטב״א הנז״ל במכוין לקניה מיה׳ הגם דלא עשה ולא חידש דבר גם דברי מרן ב״י סי׳ קל״ב ס״ג שכתב דיש ללמוד דהקונה בית שהוא דר בתוכה לא קני עד שינעול ויפתח בהכי קיימי במכוין לקניה דהא ע״ד הרא״ש סוגיין יע״ש ׳ וראיתי להרב כנה״ג סי׳ קל״ב הג״הט אות ב׳ דנסתפק בזה אי מהניא אף בשוכר עצמו אם החזיק לקנותה קנין גמור מאחר דכבר מושכר הבית לו וכל תשמישי הבית קנוין לו ופשיט לה הרב ז״ל מדברי מרן ב״י שכתבנו והסכים עמו מהר״י ן׳ יעיש וחלק על חכמי דורו דהוה ס״ל דלא מהניא בשוכר עצמו ואפי׳ במכוין לקנות וסיים שם הרב כנה״ג ובתשו׳ א״ת ח״א סי׳ ק״ס תפס מהר״ם מינץ דלא מהניא חזקה לשוכר אחר וכל שכן בשוכר עצמו יע״ש

ומעתה נימא לכאורה מאחר דבמחלו׳ הוא שנוי אי מהניא חזקה לשוכר הבא לקנות בית שהוא דר בתוכה וא״כ בנ״ד לא זכו ש׳ ולוי המקבלי מתנה הא נמי לא מכרעא דהא מאחר דאתה באת לזכותם למקבלי מתנה מטעמא דהודאה שהודה הנותן איך זכו מקבלי מתנה בשני הידיקים ע״פ תיקו׳ רז״ל נמצא דזכית הידיקים היתה בהקנאה השייך נידיקים וא״כ אנן בדידן מפרשינן באנפא דישנו תחת האפטרות בקניה או דבעידן ההקנאה סילקו השוכרים מהשני הידיקים ע״י קנין או באנפא אחריתי וא״ה בא הנותן והקנה בתורת מתנה אלו הב׳ הידיקים

העולה מהאמור דבהודאה הכתובה בשטרא דנא נפשטו הב׳ ספיקות הנז״ל

ומעתה נתנה ראש ונשובה לספ׳ השלישי שכתבנו לעיל דיש להסתפק דמאחר דהעדים הנה הנם לוו לאחרי׳ לכתוב הגם דהנותן א״ל לכתוב ולהתום ולגמור מעשה הכתי׳ על ידן והעדים לא כן עשו הוו מילי ולא ממסרן לשליח והכי הוי הלכ׳ רווחת והכי פסקו הלכתא כל פוסקי הלכו׳

ואיברא דשאלתי להבני דורינו הי״ו על זה דמעשים בכל יום דהעדים לא בקיאי בלישנא דשטרא ומשלשי׳ לסופר וכותבין השטר אף דבעידן ההקנאה צוה להם לעדים כתבו וחתמו כו׳ ואיפכא הם ולא השיבו לי דבר ועלה על דעתי למימר כללא אחד ע״ן והוא דע״כ לא נאמר האי דינא דמילי לא ממסרן כו׳ אלא דוקא בשטרי קנין דע״י גופו של שטר בא לו הקני׳ ולא בדבר אחר דומיא דגט דמהתם גמרי לה והתם השטר דהיינו הגט הוא הגומר הקנין ולא על ידי דבר אחר האמנם היכא דהשטר הוא לעדה ולראיה בידו דוקא דהקנין נגמר ע״י כסף או ק״ס או בהקנאות אחרות דומיא דנ״ד והכי הוי שטרי דנהיגי בזמנינו דהקנאה נגמרת ע״י קנייני׳ אחרים וכתיבת השטר לא בא אלא לראיה דוקא דלא איבר׳ סהדי אלא לשקרי כל כה״ג מאחר דלית לן שום לימוד מדוכתא לית לן לומר מסברא דנפשין לבטל שטרא מטעמ׳ דמילי כו׳

ועוד היה נראה לכאורה דע״כ לא אמרו הא כללא דמילי לא ממסרן כו׳ אלא דוקא במילתא דבעי׳ שליחות דומיא דגט ומתנה ואפי׳ נימא בשטר דאתי לראיה דוקא היפך הנז״ל האמנם בשטרי הודאות דמודה דקרקע זו של פ׳ הוא בפני עדים לא בעי׳ שליחות על הכתיבה וכ״כ הריב״ש סי׳ קס״א הביא דבריו מרן ב״י סי׳ ט״ל מחו׳ יו״ד וז״ל שטר הודאת קרקע אפי׳ לא היה בו קנין כיון דהוד׳ בפני עדים דהקרקע הוא של ר׳ שהרי העדי׳ כותבי׳ השטר לר׳ הגם דלא א״ל כתובו כו׳ וכ״כ רש״י כו׳ וכיון דכותבי׳ בלתי רשותו אין כאן שליחו׳ יע״ש הרי מאחר דלא בעי שליחות בהודאה מצו העדים לחזור ולכתוב כמה שטרות וא״כ דון מינה בנ״ד נמי דהוי שטר הודאה דהודה איך זכו המקב׳ מתנה וכנז״ל א״כ לא בעי שליחות על הכתיבה וכיון דמצו העדים לכתוב בלתי רשותו א״כ אף דמעשה הכתיבה לא נגמרה על ידן מה בכך

אלא דאיכא למשדי נרגא לזה מתרי טעמי חדא דע״כ לא נאמ׳ האי דינא בי מדרש׳ דבהודאה לא בעי׳ שליחות אשר מהאי טעמא כותבי׳ בלתי רשותו אלא בהודאה דמודה בעל דבר דקרקע הלזו דהיה מחזיק בו עד השתא בחזקת שהיתה שלו הוא של ר׳ וכמ״ש רש״י שם דגילוי מילתא בעלמא היא וכן נדון הריב״ש היה דהודה דהבית דקנה לא קנאה אלא ממעותיו של ר׳ יע״ש וזה מדוקדק בלשו׳ דהריב״ש שם שכתב וז״ל ועוד י״ל דשטר הודא׳ קרק׳ כגון זה עכ״ל וכ״כ הרשב״א סי׳ אלף רי״א רימוה שם הרב כנה״ג הגב״י אות ט״ו וז״ל הודא׳ הקרקעות שאין מתרבה עליו שום חיוב בשלו כותבי׳ אבל מי שמודה שנתן או מכר משלו לחבירו אין כותבי׳ אלא מדעתו לפי שהוא מתחייב׳ נכסיו בשל עצמו ובשל עצמו אע״פ שאין מתרבה עליו שום חיוב בינבע״פ לכתיב׳ אין

אין כותבין אלא מדעתו ואם כתבו אין לו דין שטר לדומיא דשטר מקנה בעי' עכ"ל ויעויין מ"ש הרב המב"ח שם אות ל"ג ודוק · א"כ מעתה כיון דנ"ל נמי הודאה דנתינה הוא דמעיקרא הוה שלו ועכשיו בא ליתנו בעי' שליחות שגם דהוי שטר הודאה דנתן ולא הוי שטר מקנה מ"מ כבר כתב שם הרשב"א דכל שטר משטר מקנה ילפי' וכל המתחייב בשלו ואינו עושה את העדים שלוחים לכתוב אין עלותם שבשטר עדות יע"ש ואין לדקדק מהכ"ז מדברי הרשב"א הללו היפך החילוק הראשון שכתבנו דלעולם מודינא דבעי' לכתיבת כל שטרות בין שטר ראיה בין שטר מקנה שליחות אלא דאיכא בינייהו בין שטר מקנה לשטר ראיה לענין מסירת השליחות דבשטר מקנה שליחו' הכתיבה לאו מידי קא עביד במסירת השליחו' מטעמא דמילי ובשטר ראיה אפשר דאיתיה לדינא דהאי מסירת השליחות שלכתיבה אף דהוי מילי וכמו שצדדנו לעיל

הטעם הנ' הוא דאפי' נימא דליכא לפלוגי בין הודאה להודאה משא"כ לפי האמת מ"מ היינו דוקא היכא דלא הקפיד לצוות שיכתבו שטר האמנם היכא דליכא לכתו' שטרא כנ"ל דלתא באותם העדים גופייהו קא קפיד וכלמו' ראיה לזה ממ"ש התוס' פ' המקבל דס"ו ע"ב ד"ה כתב הגט כו' בתירוץ ב' יע"ש

העולה מהאמור דהאי טעמא דהודאה לא שייכא בנ"ד אם לא טעמא קמא דכתיבנ' דאפשר דאיתיה לפום דינא דכל דכתיבת השטר לא הוי אלא לראיה בעלמ' דעיקר ההקנאה היתה בשאר קניינין ואין כתיבת השטר אלא לראיה בעלמ' כה"ג מילי לא ממסרן לשליח וכעת מצאתי דבר המנגד לזה ובהכי אשכחנא לן פתרי למעשים בכל יום דהגם דהעדים לא בקיאי בלישנ' דשטרא ומסרי שהדותייהו בכתיבת השטר לסופר אף דהמקנה ציוה להם לעדים שכתבו כו' ולפי מאי דבריר' ניחא מאחר דכל לישנא דשטר' הנהוג בינינו לא הוי אלא בלישנא דהודא' או דהקנא' ולא הוי בשטר מקנה כלל אלא הענין נגמר ע"י קניינים אחרי' וכתי' השטר לא בא אלא לראיה בעלמ' משו"ה לא חששו רבנן תקיפי להאי דינא דמילי לא ממסרן כו' ועי' להרב מחנה יו"ט סי' ל"ח דק"ן ע"ג שכתב וז"ל ונר' לענ"ד פשוט דלאו לכל מילי נאמר בגמ' מתנ' כגט כו' כ"א דוקא היכא דהכתי' והנתינה ע"י אחר כו' ולאו עיקר טעמא משום דנכתב ונחתם כ"א משום דהנתינה היתה ע"י אחר כו' אבל אם הנתינה היתה על ידם הגם דהכתיבה ע"י אחר ש"ד יע"ש דהאריך על כלל זה

ועל פי סברא הלזו הוה אפשר ללמד למעשי' בכל יום דלא חוששים רבני זמנינו משום דמאחר דהעדים עצמם החותמין אחר כתיבת השטר מסתמא הנה הם עושים מעשה הנתינה אלא דלענ"ד לא מתיישב לי האי סברא וגם הרב ז"ל לסו' דינא לא ניחא ליה הנלענ"ד כתבתי פי המדבר

הצעיר **אליעזר די טולידו**

סימן סה

במחלוקת הרמב"ם ורבותיו בקטן שמכר פחות מבן עשרים ונתגדל ונעשה בן עשרים ולא מיחה כתב מהרשד"ם ח"מ סימן רמ"ג דיש לדון כדעת הרמב"ם דמדין תורה כשהגיע בן י"ג שנה והביא ב' שערות הוי כגדול לכל דבר ולא נאמר ך' שנה אלא מתקנה דרבנן כו' וכיון דהוי ס"ל אוקמה אדינא דאורייתא יע"ש אך ראיתי למהרש"ך ח"א סימן קס"ט דכתב דמאריה קמא הוא המוחזק וכן ראיתי למהר"א מוטל הובאו דבריו בתשו' מהר"ם חיון ז"ל סי' כ"ט דתפס במושלם שלא כדע' מהרשד"ם וגם הרב מהר"ם חיון משכים הולך עם שיטת הרב מהר"א מוטל ז"ל ועיין בתשו' הרב פ"מ ח"ב סימן כ"ז יע"ש נמצא דלפי דבריהם של גדולי אחרונים הללו דחולקים על מהרשד"ם למדנו דס"ל ז"ל דלא אמרינן בס' תקנה אוקי אדינא דאורייתא

אמנם ראיתי להרב פ"מ ח"ב סימן ק"ד דכת' ענין נאמנות לגבי לקוחות דחלקו הרא' אי מת מלוה אחר המכירה דנתחייב המלוה שבועה ללוקח אי אמרינן נמי בכה"ג אין אדם מוריש שבוע' לבניו או לא כתב הרב ז"ל דכיון דמדין תורה טריף המלוה בלתי שבועה אלא דחכמים דתיקנו הבא ליפרע מנכסי משועבדים לא יפרע אלא בשבוע' ראוי הוא שנפסוק יד בעל התקנה עה"ת ובאים יורשי מלוה וטרפי מיד הלוקח ונסתייע מתשו' מהרשד"ם הלזו דכתיבנא יע"ש גם בח"א סימן ד"ן במחלוק' רשב"ם ודעימיה במי שנתקוטט עם אשתו ונתן עיניו לגרשה ומתה אי יורשה בעלה או לא פסק הרב כיון דמדין תורה הבעל יורשה אף לדעת רשב"ם אתי בעל ותפיק מיד יורשים המוחזקים וסמוכות שלו מתשו' מהרשד"ם הלזו יע"ש הנה הרב ז"ל בשתי מקומות קא פסיק ותני כדעתו של מהרשד"ם דס"ל דבמחלוקת הפוסקים בתקנתא דרבנן לא מצי המוחזק לומר קי"ל כמהרש"ך והרב מהר"א מוטל ומהר"ם חיון ז"ל דפסקו להפך וכמו שהביאם הוא ז"ל בח"ב סי' ל"ז

ואני אוכין ואדון על דברי הרב פ"מ ז"ל דאין ראיה מתשו' מהרשד"ם הלזו לעשות מעשה ולהוציא ממון מיד המוחזק שהוא ס' תקנה דשאני התם דמהרשד"ם דאין ב"ד עושים שום מעש' אלא אמרינן כיון שהוא ס' תקנה וללוקח מסייע ליה דין תורה אמרינן ארעא היכא דקיימא תיקו' ואף דלא אתי עלה מהרשד"ם מדינו של רשב"ם סו"ס אין ב"ד עושים שום מעשה להוציא ותדע דהכי הוא דהא מהרשד"ם בח"ב סימן ק"ט בענין כתובת ב"ד דזיכה את בן לאה אף דהוי ס' תקנה ואילו היורש שכנגדו דאורייתא ואילו בסימן קנ"א כתב בענין זה עצמו דכיון דירושה דאורייתא וכתוב' ב"ד דרבנן לא אתי ס' ומבטל דינא דאורייתא יע"ש וע"כ צ"ל כמו שכתבתי דלא נאמר האי דינא במי שבא להוציא אף דמסייע ליה דין תורה וכמו שכתבתי וכן כתב מהרח"ש ח"ב סימן י"ד דבספק תקנה מצי המוחזק לומר קי"ל וכן ראיתי להרב פ"מ עצמו ח"ב סי'

סימן ל"ד דקע"ה ע"ו דכתב על ענין הלז דכתובת ב"ד דכשיל כולם טוב ואין מי שניהם מורחקים בני השניה הבאים מכח ירושה דאורייתא זוכים ולא בני הראשונה שבאים מכח תקנה יע"ש מוכח בבירור דאם היו בני הראשונה מוחזקים שפיר קא זכו אף שבאים מכח תקנה וא"כ דברי הרב פ"ת שהרא"י נינהו ושו"ר בתשו' הרב בני אברהם בפסק הטונים ד"מ דהעמיק הרחיב בענין הלז ואסף איש טהור כת הפוסקי' ז"ל הסוברים דמלו בני הראשונה לומר קי"ל והביא תשו' הלזו של הרב פ"ת דסימן ל"ו דס"ל כמ"ש וכבר נרגש הרב מאותה תשו' דסי' ד"ן יע"ש ואין להוכיח מדברי מהרש"ך ומהר"א מוטל ומהר"ם היון שכתבנו לעיל דס"ל דאף בספק תקנה מפקינן מיד המוחזק דדילמא שאני התם דאדרבה מאריה קמא הוא המוחזק ושלא כדעת הרשד"ם דס"ל כיון דאין ב"ד עושים שום מעשה לא חשיב הוצאה ותדע דאין להוכיח כן דהא מהרש"ך זיכה לבן הראשונה מטעם מוחזק וכמ"ש מהר"א מיוחס לדעת מהרש"ך ז"ל

עוד אטוב אתפלא על הרב פ"ת דהסיוע שנסתייע מדברי מהרשד"ם דסי' רמ"ג הלא מהרשד"ם עצמו חבריה לגוזיה דהא בסי' שמ"ה ועל מחלוקת הרמב"ם והרא"ש על קטן שמכר פחו' מבן ך' אבל כבר הוא בר י"ג כתב הוא וז"ל ולא עוד אלא אפי' היו שום קרקע בחזקת בעליו עומד' ובכל ספק שיש מוקמינן ארעא בחזקת מ"ק ועיין להרב פמ"א ח"א סי' י"א דהוקשה לו דברי מהרשד"ם הללו יע"ש ואיברא דאילולי דברי הרב פ"ת הייתי אומר דאין ראיה מדברי מהרשד"ם להאי כללא אפי' להוציא משום דע"כ לא כתב מהרשד"ם האי כללא אלא משום דאעיקרא הוא ז"ל סבר דפסק ההלכה הוא כהרמב"ם משום דבתרא הוא וראה דברי רבותיו ולא ישרו בעיניו כמו שהראה שם בהדיא ואה"נ אילו היה להפך דהרמב"ם היה אזיל לאידך גיסא דאף שפתק אין מכירתו מכירה ורבותיו היו סוברים דמכירתו מכיר' לא היה פוסק הר' מהרשד"ם כרבותיו של הרמב"ם משום דהלוקח מסייע ליה דינא דאוריי' אלא הוה אמרינן ארעא בחזקת מ"ק קיימא' וכמו שכת' בסימן שמ"א ובכן נסתלקה קושיית הרב פמ"א על הרב מהרשד"ם ז"ל וראיתי למהרימ"ט בח"מ סי' פ"ל דס"ל דמוקמינן ארעא בחזקת מ"ק

שור להרב מהר"א מיוחס ז"ל שם דהביא מדברי הרב מהרימ"ט מחלק י"ד סימני' דתפס במוטלם דבספק תקנה לא מהני המוחזק לומר קי"ל יע"ש ודברי הרב כנה"ג סימן רל"ה הגה"ט אות כ"ט תמוהים אצלי ומה שיש לדקדק עוד על הרב פ"ת דסימן ק"ד ממ"ש מהרשד"ם באותה תשובה דסימן ק"ט על ענין נאמנות עצמו כבר כתבתי במ"א עיין עליו (ח"ב עיין בסימן ע"ט) וא"כ לענין דינא ודאי דמלו בני הראשונה אם הם מוחזקים לומ' קי"ל הגם שבאים מכח תקנה ותשו' הלזו של הרב פ"ת דסי' ק"ל וסימן ד"ן לאו בר סמכה נינהו וכמו שהעמיק הרחי' הר' בני אברהם ועיין מהר"א קוב"ו ז"ל דנ"ה ע"ל מט"ש הכ"מ סימ' רל"ה בהגה"ט אות ל"ח יע"ש

(אה) הר' מהר"ם אשכנזי בתשו' כ"י ח"מ סי' ג' אייתי לן תשו' הרא"ש כלל א"ה סימן ז' והביא' הטו' באה"ע סימן ק"ח דס"ל כס' הרב פ"מ דסימן ד"ן ועיין להר' חק"ל ח"מ ח"א סימן ע"ד דע"ד ע"ב).

סימן סו

יש לחקור באפוטרופוס שרוצה לעכב ולתפוס נכסי יתמי אשר הם בידו בטענ' שאביהם היה חייב לו כו"כ אי תפיסת האפוטרו' לעצמו הוית תפיסה י והנה מתשו' מהריב"ל ח"א כלל י"ב סימן ע"ג יש ללמוד דלא מהני שכת' וז"ל ואפי' לקחה אחר אינתפיסתו תפיס' דהויא תפיסה לאחר שנולד הס' כ"ש בנ"ד דאפוטרו' בעצמו לקחה לו לעצמו לאסה דלא שייך תפיסה ונכסי בחזקת יתמי קיימי יע"ש מוכח מדבריו כיון שידו של אפוטרו' כידן של היתומים הוא לא מהני תפיסה וטעמו ז"ל הוא כיון דכבר השריש לנו הריב"ש ז"ל דכל תפיסה דלא הוי בא' מדרכי הקניות אינה תפיס' דליכ' הוצאה מרשות לרשות ונכסי בחזקת בעלים הראשונים קיימי יע"ש וכי תימא נימ' דלינכי בתפיסתו הלזו דמיהדר קא הדר ביה מתורת אפוטרו' הא ליתא כיון דכבר נטפל ונתעסק בנכסי היתומים לאוכל כמיניה לסלק מעליו היובו כמ"ש הראשונים והביאו ראיה מן התוספתא ואה"נ דאם קוד' שנתעס' בנכסי היתומים תפס בטענה שרוצה להסתלק מהני זהו נראה דעת מהריב"ל ז"ל

אמנם מתשו' מהרימ"ט ח"א סימן ס"ו נראה דפליג ע"ז שהרי' זכתה את האלמנה שתפסה יותר מכדי כתובתה מטעם ס' הרמב"ם ודעימיה אף שהיתה אפוטרופא ואין לומר דהתם שאני שתפסה תכפומיד במיתת בעלה ליתא שהרי הר' זכתה את האלמנה הנו' אפי' בנכסים שלא היו תחת ידה מטעם שהיתה אפוטרו' ואם איתא כיון דסלקה מעליה וחזרה בה מי מנתה אותה אח"ך אפוטרופא דהא כבר גלתה דעתה בתפיסתה שלא להיו' אפוטרו'

ואיברא דעלה על דעתי לומר דאין להוכי' מהכא היפך סברת מהריב"ל דאפשר דע"כ לא אמרה מהרימ"ט אלא דוקא בנ"ד שעשתה אותה בעלה שתהיה ראשה ושלטנית לעשות כרצונה כו' כאשר יטב בעיניה כנו' בשאלה ולא היתה כוונתו של בעלה אלא ליפות כחה וזכותה לא ליפות כחן של היתומים להיותה משגחת עליהם כמנהגם של כל אפוטרופוסי דעלמא ולכאורה היה נראה שאמת איתנו והילוק זה הוא אמיתי שהרי מהרימ"ט עצמו בח"א סי' קכ"ו כתב על אפוטרו' שהקדיש מנכסי יתמי לעניים והוא היה גזבר של עניים וזכה הוא בשבילן לא זכו העניים דכיון שהוא ידן של היתומי' ואנן בעינן הוצאה מרשו' לרשות עדיין ברשו' הבעלי' הראשונים קיימי יע"ש ובסי' ל"ג וכ"כ הר' מהרשד"ם ח"מ סימן שכ"ה רמזם הרב הכנה"ג ח"מ סימן ק"ק בהגה"ט וכ"כ הרב לח"ר סימן קל"ה הביא דבריו הר' כנה"ג סימן ר"ץ הגה"ט אות ק"ו יע"ש נמצא דפשי' להו להרבנים כיון דכל ההקנאות בעינן הוצאה
מרשות

מרשות לרשות וזכייתה ותפיסתה לעצמה או לאחרים לא מהני וא"כ נאמר לכאו' דמה"ט גופא דלא מהניא תפיסת האפוטרו' לעצמו כיון דבעינן תפיסה באח' מדרכי ההקנאות וה"כ מ"ש מהרימ"ט ז"ל בסי' ס"ו צ"ל כמו שכתבנו אמנם אחר החיפו' מצאתי למהרשד"ם ח"מ סימן קנ"ב הביא דבריו הרב הכנה"ג סימן ר"ץ הגה"ט אות קי"א הדין מפורש דאפוטרו' שתופס נכסי היתומים שבידו בטענת חוב אף דאם לא היה תפוס היה צריך להביא ראיה מ"מ כיון שהוא מוחזק תפיסתו תפיסה ופטור משבועת אפוטרו' דקי"ל מינהו אבי יתומים לא ישבע יע"ש

הרי דפשיטא ליה למהרשד"ם כן דתפיסתו הויא תפיסה וא"כ מוכח מזה דלאו הא בהא תליא דאף שכתבנו דס"ל למהרשד"ם דאפוטרו' אינו יכול למכור לעצמו דבעינן הוצאה מרשו' לרשו' מ"מ לענייני תפיסה אינו כן דאף דשכתב הריב"ש דכל תפיסה בעינן באחד מדרכי הקניות היינו דוקא כעין נ"ד דהאלמנה רצתה לעכב הנכסים אשר היו בבית המורים עתה הם ברשותם של היורשי' לכשתחם' תפיסה שפיר כתב הריב"ש ז"ל דכיון דהאלים כאשר המה זה לא מקרי תפיסה דעדין ברשותם של היורשי' קיימי אבל אפוטרו' שנכסי היתומים הם בידו וברשותו ורוצה לעכב ולתפוס נכסי יתמי כיון דלא בעי' דעת מקנה תפיסתו תפיסה ואותה תשו' דמהרשד"ם דסי' שכ"ה שרוצה למכור לעצמו דלא מהני טעמא אהרינא אית ביה כיון דכל מכירה קונה ומקנה בעינן א"כ באפוטרו' זה קונה איכא מקנה ליכא ואם הוא רוצה לקנות מאן הוא המקנה וכדכתב מהרימ"ט שם סימן קכ"ו דאם אפוטרו' רוצה לזכות לאחרים ולהיותו שליח של מקבל כיון דפסקיה שליחותו של נותן שוב אינו יכול לזכות למקבל מכח שליחות הנותן יע"ש

וכן נראה דס"ל להרב ש"ך סו"סי ר"ל דכתב דאפוטרו' שרוצה לתפוס נכסי יתמי שבידו על פי פנקס שלו אם נכסי היתומים עדין בידו וברשותו מהניא טענתו אבל אם הנכסים הם ביד היתומים וזה בא להוציא לא מהימן בטענ' הפנק' יע"ש וא"כ השתא דאתינן להכי דהיא תשו' דהר' מהרימ"ט דסימן ס"ו שזכתה את האלמנה שתפסה הנה שהיתה אפוטרופא אתיא כפשטה ולא צריכנא למאי דכתבתי לעיל בדברי מהרימ"ט ומהריט"א דליסנא שכתב מהרא"נ"ח ה"א סימן ע' דהשיב דאין הבעל יורש מטעם שהוא מוחזק בנכסים דהיינו בעל' של המקבלת מתנה כו' דלא אמרו יד הבעל כיד האשה יע"ש ' מוכח דפליג על הרב מהריב"ל דאם איתא שתפיסת האפוטרופו' לא מהניא לדידיה כס' מהריב"ל ז"ל א"כ תיפוק לי' דלא מהניא תפיסתו שכבר ידו מושאלת אפילו אם היינו אומרים יד הבעל כיד האשה כו' כיון דלעצמו לא מהניא כ"ש לאחרים גם מטעם הב' שכת' הרב ז"ל יש להוכיח כן ומה שסיים הרב ז"ל בכו' דבריו באפוטרו' נראה דלא חשיבא כלל כו' הכוונה במלוה שיכול להוציאה חשיבה היא מוחזקת לא כן באפוט' כו' לא חשיבה מוחזקת כאילו באתה לידה מעיקרא"ש

מהרימ"ט סימן קכ"ו אבל לענין תופס לעצמו בטענ' שאביהם היה חייב לו מהני תפיסתו וע' למהריב"ל ה"ב סימן כ"ו ודוק מאי דמתברר מדבריו ועיי' בתשו' הרב זרע אברהם ח"מ סי' ל' דקנ"ט ע"ג יע"ש א"ה הוי יודע שמצאתי לרבינו המחבר ז"ל במ"א דרימז על ענין זה אי תפיסת האפוטרו' לעצמו הויא תפיסה מהרשד"ם ח"מ סימן ר"ט חק"ל ח"מ ה"א סי' ק"ן שמחת יו"ט סימן י"ו דס"ו ד"ה עוד כו' ויש בדברי הרב שמחת יו"ט שם ט"ס ובמקום סימן כ"ע צ"ל סימן ר"ט יע"ש)

סימן סז

שאלה יעקב ולאה נדבו רוחם לעלו' לא"י תובב"א ונתחייבו בחיובים כתחז"ל בביאה תחילה ע"י סילוק שעבוד כתובתה דמחלה לבעלה וקבעו זמן הפרעון של המתנות הנו' בש"אקמ והניחו המעות כשיעור המתנות לריוח היום בעירינו קושט"א יע"א ומינו מורשה לראובן דכל ימי חייהם של האשה ובעלה או אפי' אחד מהם יקיים המורשה מכו' שילוח לארץ ישראל תובב"א והיה המורשה שולח להם הפירות והריוח של המעות הנתונים לריוח היום ונפטר יעקב וחלי"ש והיה המורשה שולח הריוח ללאה אלמנת יעקב מ"ך ' ויהי כי ארכו הימים נדבה רוחו של המורשה והלך לא"י ת"ו והניח המעות הנז' של אלמנת יעקב ביד המורשים שלו המונחים לריוח היום ופיו המורשים הנו' שולחים דמי הריוח ליד ראובן כדי שיתנם ליד לאה הנו' ואחרי נופלג חזר ראובן לקושטא יע"א ורצה ליטול המעו' הנו' שהם משועבדים להחיובים הנו' להוליכם עמו לא"י ת"ו וקמו כל המקבלי מתנות ועכבו ביד ראובן בפני ב"ד באומרם דבריא שניק הוא מאחר דידוע לכל דכל הארצות הללו ירוש' וא"י מעיילנא איה להו ומפקנא לית להו דאיש כי ימות וכן אינלו שם במקו' אביו כל שכן אינו בא"י כזר הוא חשו' ואינו זוכה בירושת אביו דאלים כחייהו לבטל ירושת התורה כ"ש וק"ו במעו' הללו דאחר העדר של האלמנ' נו' בטלין ומבוטלין כל החיובין הנו' ואנן ב"ד עכבנו ביד ר' דלא יגרום נזק גדול כזה ושפיר גזרתם של מקבלי המתנו' נו' ואחרי שמוך נתברר לר' הנו' לא שמע לקול מורים וכביר מצאה ידו והולכם לא"י ת"ו והניחם שם לריו' היום והאלהים אנה לידם של מקבלי המתנות וחזר ר' פעם שנית לקוש' יע"א ותכף ומיד תפסו אותו לראובן ויקריבו את משפטם לפנינו ב"ד ונתננו מעב"ל דראובן חייב לשלומי למקבלי מתנות מעידית שבנכסיו מאחר דנשא ונתן ביד וכבר מותרה ועומד הוא ובבא עת פקודת' מאה למנה הנו' חייבים המורשים של ר' לפרוע מנכסי ר' המונחים לריות היום ע"י והמעות שהולכם לא"י ר' יקבלם הוא בהגיע עת פקודתה מהאלמנה הנו' ויען דר' הנו' הוא ת"ח מובהק ויודע לישא וליתן בהל' מרובו' וכל נגבי דיליה פטיר ועטיר מלשלם להו למקבלי המתנו' והעמיק הרחיב וכלל נמים אדירי' ובא במכתב מהתם להכא וחתימי עלה רבני ירוש' ת"ו הר' החסיד מהר"א גאגין

גאגין נר"ו ולישרן סמיכין עלואי מהר"י פינלי נר"ו ומהר"א פיואנטי נר"ו והמה נסומכי נפשם דשמי ביד' של האלמנה להוליך הנכסים מהכא להתם לא"י ת"ו וכאשר אכתוב דבריהם לקמן האמנם אחיה ראשי ראשי' טעמא דילן פסקא דדינא דלא שמי בידה דאלמנה לשלוח ידה בנכסים הללו להוליכן מהכא להתם והגם כי הנינין עלינו דברי דודים רבני ע"הק ירוש' ת"ו ומתוכם כעין החכמ' הרב המופלא ה"ק מאריה דאברהם יחיה בעזרו ה' זומנה תורה לוה לנו משה רבינו ע"ה לא תהדר פני גדול בצדק תשפוט עמיתך ועל זה נאמר אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם ומה נאמר לפני אדוני חיים עד העולם דהאמת יותר ויותר הקוקה אללנו ומה מאד אתהנו על המראה דפסקו בסכינא חריפא דשמי בידה של האלמנה לשלוח יד בממון המונה לריוח היום דהא כל היכא דאיתיה ברשותן של היורשים איתיה דמיל דמת מורישם הנחלה ממשמשת והולכ' בחזקתם והאלמנ' אינה אלא בעלת חוב דהיא באה ונהיתה מכח שעבוד' מזונותיה וכמו שאכתוב בעז"ה לקמן בארוכה וזה האלי בס"ד

תשובה טעמא דילן דפסקנו דלא לייתי' לאלמנה ליגע בנכסי היורשים הוא דהראה ירא' דלא שייך הכא מחלוקתן של הראשונים הובא בטור ומרן ח"מ סימן ע"ג בלוה הרוצה לילך למדי"ה אי שמי בידיה דמלוה לעכב את נכסיו קודם הגעת זמן הפרעון וא"כ נאמר הכא בנ"ד לכאורה דאם רצתה האלמנה לשלוח יד בנכסים של היורשים ולהוליכן לא"י לכלכל את שיבתה ובבוא עת פקודת' יקיימו הכולל מלו' שלוח מהתם להכא ויתפרעו כל המקבלי מתנות ושפיר כביר מצאה ידה למעבד הכי מטעמא דמציא אמרה קי"ל כש' הראשונים דס"ל דאין המלוה יכול לעכב

הא לא מכרעא מכמה טעמי חדא מאחר דתכף לפטירת יעקב מורישם נפלו נכסי קמי יורשיו ואית להו זכיה ממש בהני נכסי ושכנגדם היא האלמנה דיש לה שעבוד מזונותי' בהני נכסי הגם דהיא קודמת לגבות מזונותיה מהני נכסי מ"מ זכיה ממש לית לה ולא אמרו הראשונים דמצי הלוה לילך למ"ה ואין המלוה יכול לעכב אלא דוקא בלוה עצמו דהני נכסי הם שלו ממש וממונו הוא ומצי מזבין ומצי מקדיש ואין למלוה אלא שעבודא בעלמא ואי אקדיש מלוה לאו כלום הוא דמכאן ולהבא הוא גובה

וכי תימא הרי אמרו בפ' אלמנה יתומים שאמרו נתננו והאלמנה אומרת לא נטלתי על היתומים להביא ראיה דנכסי בחזקת האלמנה קיימי דהא נשתעבדו נכסי מורישם מתנאי ב"ד וכמו שפירשו רש"י והר"ן באופן דאיכא למילף מהך סוגיא דמזונו' דאלמנה אלימי ולא דמי לב"ח דקי"ל דמכאן ולהבא הוא גובה דאית לה עדיפותא יתירת' בנכסי בעל' או מתנאי ב"ד או מטעמא אחריתי כמו שכתבו התו' שם יע"ש נהא ליתא דלאו דמשום דמוקמינן הנכסים ברשות האלמנ' נתרוקן זכותייהו של היורשי' ולא חשיבא ממונא דידהו ואין ידם שולטת אלא ידה שולט' בנכסי' דהא מק"ומ יוכיח דהרי אמרו בפ' מציאת'

כאש' דש"ט ע"א דהאין שמכרו או משכנו מה שמכרו מכרו ואין להוציא למזון האלמנה מן הלקוחות ופסקו הפוס' כן עיין בטור ומרן א"הע סי' צ"ג סעי' י"ה וה"ל לא תבעיא אם מכר הבע' בחייו דאין מוציאי' אלא אפי' מכרו היורשים אחר מיתת אביהם אין מוציאי' למזונות האלמנה יע"ש הרי דמהכא שמעי' דשמי בידייהו של היורשים לסלק שעבודא של האלמנה מהני נכסי ע"י מכירתם ולא דיינינן כאלו מכרו דבר שאינו שלהם מאחר דירושת המוריש ממשמ' והולכת ברשותם וחזקתם אלא דהנה הנם חיובא רמי' עלייהו לפרוע תביעת מזונותיה ועוד דהא חזינן לראשוני' דכתבו בסוגיא דפ' חזקת דנ"ה ע"א על קו' התלמו' א"כ ביטלת ירושת בנו הבכור דהו"ל ראוי ופירשו הראשו' דבשלמא מכל אדם דמת ויש לו עליו כתובת אשה וב"ח אע"ג דנכסי המת הם משועב' לב"ח או למזונות דאלמנה או לכתובה אין ירוש' הבכו' בטלה משום דמלוה ואשה מחוסרי' גוביינא כו' יע"ש והילך לשון הרמב"ן שם בזה' וז"ל אבל מאן דאיכא עליה כתובת אשה וב"ח נכסי קמי יתמי רמו והם מוחזקין בהם אלא דחייבים לפרוע מנכסים הללו דירשו יע"ש

הרי מתברר מדברי הראשונים ז"ל דדוקא לגבי טסקא הוא דפריך תלמודא ביטלת ירושת בן הבכור דהוי ראוי ברם שאר חובים נכסי קמי יתמי רמו דהנחלה ממשמשת והולכת ברשותם או בחזקתם והם מוחזקי' בנכסי מורישם ולא האלמנ' וכי תימא הרי כתבו התוס' שם דטעמא דב"ח ואשה משום דצריכי אדרכתא ואכרזתא ושומת כו' יע"ש וא"כ תידוק מינה דבדוקא נקטו הכי דבעי' הני תלת מילי ולגבי מזונות האלמנה לא בעי' לא אכרזה ולא שומא וכמו שפסקו הפוס' שם סי' ל"ג יע"ש ונאמר לכאורה דחשיבא היא מוחזקת ולא מיחסרה גוביינא זה אינו דא"כ הדרא קו' התלמוד לדוכת' ביטלת כו' ועו' דגם לענין כתובת אשה לא בעי' אכרזה ולא שומ' וכמו שפסקו הפוס' שם סי' ק"ג בטו' ומרן ש"ע דהאלמנה מוכרת מנכסי בעלה לגבות כתובתה שלא בב"ד ושלא בהכרזה אלא דעלה ע"ד לפוס ריהטא דכונת התוס' הוא דלאו לתימרא דכל הני תלת מילי בעי' כדי שנאמר מיחסרי גוביינא אלא אפי' אחת מהם חשיבא מחוסרי גוביינא דהרי אף באלמנה בעי' שומא דשלשה בקיאים וכמו שכתבו הפוסקים ז"ל מסוגיא דפ' אלו מציאות ד' ל"ב אלא דלא בעינן ב"ד ממש וזהו מאי דהוה אפשר לגלד כוונתם של התוס' אבל האמת אינו כן דלדברי התוס' עניים במ"א כו' דהא כתבו התוס' שם בפ' אלמנה דל"א ע"א ד"ה אמר ליה כו' וז"ל ואומר רבי דלשב"ד מוכרי' בשו הכרזה דאי טעו בפחות משתו' מכרן קיים הילכך צריכי אכרזא שלא להפסיד ליתומי' אבל אלמנה מוכרת שלא בהכרזה ע"כ וכ"כ המרדכי פ' הכותב סימן רכ"ד משם ס' החכמה רמזו מרן ב"י סימן ק"ג סעי' א' ולא הזכיר מרן שם דברי התוס' וכבר ראיתי אח"ך דכבר כתבו הטור ומרן ז"ל ריש סימן ק"ד דב"ד אין מוכרין אלא באכרזה יע"ש ומעתה דברי התוס' שכתבו דאש' צרי' אכרזה היינו היכא דב"ד הנה הנם מוכרין וכאתו' ושהדי במרומים דאחרי כותבי ראיתי להתשב"ץ ח"ב

סימן

סימן קכ"א דנשאל הרב ז"ל על אלמנה דבאת לגבות כתובתה מנכסי היורשין ונפל בגט ס' דגרשה בעלה סמוך למיתתו אם הוא כשר והרי היא גרושה ונוטל' כתובתה או פסול הוא והרי היא אלמנה ולא תיטו' אלא חצי כתובתה לפי תקנת המקום מי הוא המוחזק כו' האשה או היורשים והשיב הרב ז"ל דבר ברור הוא דהיורשים מוחזקים כו' וכ"כ המפרשים ז"ל בפרק חזקת דאי הוי האלמנה מוחזקת ביטלתכו' ואע"ג דבפרק אלמנה ניזונת אסיקנא דנכסים בחזק' אלמנה קיימי לאו חזקה ממש קאמר אלא לענין מזונות כו' דעליהם להביא ראיה כדין הטוען פרעתי חובי הכתוב בשטר דאינו נאמן ואף זו בתנאי ב"ד יש לה מזונות והטוען אחר מעב"ד לאו כלום הוא יע"ש ׳

הרי מפורש יוצא כמש"כ ואסברא לן הרשב"ץ ז"ל דהאי ליסנא דנקיט התלמוד נכסי בחזקת אלמנ' קיימי אין כוונתם למימר דנתרוקנו זכות מוריהם מעל היורשים ואין ידם שולטת דזה אינו אלא לעולם הירושה מתמשמשת והולכת מרשות מוריש' לרשותם של היורשים אחריו עם גמר מיתה ואין הטע' דהיא נאמנת אלא משום דהטוען אחר מעב"ד אינו נאמן והתם אין נאמנות המלוה משום חזקה דאית ליה בנכסי הלוה דהא קיל"ן מכאן ולהבא הוא גוב' אלא מטעם נאמנות אתינן עלה והכי אזלא ריהטא דליסנא דברי הרב גו"ר א"ה כלל ד' סימן ג יעו"ש

ודרך אגב אכתוב בכאן מאי דעמדתי זה ימי' ושנים על דברי הרב יד אהרן ז"ל א"ה סימן ל"ג הגה"ט אות ו' דהביא תשו' התשב"ץ הלזו וכתב כי האי ליסנא ש"מ שנתן גט לאשתו סמוך למיתתו ונפל ס' בגט אם הוא כשר או לא יש לה מזונות מתנאי כתובה הרשב"ץ ז"ל יע"ש והעיני בשר לו יראה דישתק' הדבר ולא יאמר דמ"ש התשב"ץ ואף זו בתנאי ב"ד יש לה מזונות לא קאי אלא לעיקר הסוגיא דאמרו דאין נאמנים היתומים לומר נתננו היינו טעמא דכמו דקי"ל הטוען פרעתי חובי כו' אף זו אינם נאמנים היתומים משום דמתנאי ב"ד היא אוכלת מזונות וטוען אחר מעב"ד הוא האומנם לנדון הש"מ כו' ונפל ס' בגט כבר השיב הרב בפשיטות דדבר ברור הוא דהיורשים מוחזקים מכח הסוגיאות דהביא הרב שם ועוד העיקר' דדינא היכי אפשר למימר הכי דהא האי דינא דס' מגורשת דהיורשים פטורים היא סוגיא מפורשת שם בפ' אלמנה ד' נ"ו ע"ב ובשאר דוכתיה דאמרו מגורש' ואינה מגורש' בעל' חייב במזונותיה מטעמא דאגיד' ביה ומעוגנ' ומעוכבת בשבילו להנשא לאחר ברם יורשיו אחריו פטורי' דדילמ' גרושין הוו ואין לה מזונות דמספיק' לא מפקינן ממונ' יע"ש בדברי רש"י ובדברי הראשונים ופסקוהו הכו' האי דינא וכיון דליסנא דתלמודא הוא מגורשת ואינה מגורשת דפטורים היורשים דמספיקא לא מפקינן ממונ' מ"ל היכא דנפל הס' בנתינה עצמה כגון ס' קרוב לו ס' קרוב לה ואין הס' בכתיבה ומה לי היכא דנפל הס' בכתיבה עצמה ואינו בנתינה סו"סו' בשעת מיתת המוריש כבר אחיליד הס' של חיוב המזונות של האלמנה אם נתחייבו נכסי היורשים במזונו' דלאחר מיתה או לא ולא דמי לסבר' מהרש"ך ח"א סי' מ"ב שהביא דבריו הרב מש"ל רי"פ חי' מהל' אישות דכתב דהיכ' דהתחייבה היתה באונס דפלייני רבוות' ז"ל אי אבדה מזונותיה וכתב דמציא אמרה האלמנה קי"ל וגובה מזונותיה מטעמ' דהיא מוחזק' יע"ש דהתם שאני דהספק לא אחיליד קודם מיתה אלא לאחר מיתה דבשעת מיתת הבעל היוב' דמזונות הוה ברור בלתי שום ס' אבל בס' מגורשת דנפ' הס' קודם מיתה היורשים פטורים

ואיברא דלמודעי אני צריך דעל מה ועל מה לא העלה שפתי לדיק הרשב"ץ בנדון הלז האי סוגיא דר"ז דהיא ראיה גמור' לנ"ל והגם דהיה אפשר לחלק בין ס' דמציאות לס' דדין והרשב"ץ בס' דדינ' קאי עכ"ז הוה ליה להרב ז"ל להביא' הסוגי' הלז דפ' אלמנה ולחלק כה"ג וסו"ר להתשב"ץ עצמו ח"ג סימן ק"פ ורמזו שם הרב יד אהרן דנשאל הרב בש"מ שגירש דהוו ספיקי עוב' בגט מעין ונדון דא"ח וכתב וז"ל ומ"מ לא יצאה מידי חלילה כו' ואין לה מזונו' ולדמוכח פ' אלמנ' ניזונת וכ"כ הרמב"ם כו' עכ"ל והנה מאי דרימז הך דפ' אלמנה היינו הסוגיא דר' זירא ופסקו הרמב"ם ז"ל באופן לדברי הרב ז"ל עניים במ"א כו'

באופן דעלה בידינו לטעמ' דסוגיין דאין היתומים נאמנים אינו אלא מטעמא דהטוען אחר מעב"ד לאו כלום הוא אבל אינו מטעמ' דחוקה דומי' דמלוה דנאמן לגבות חובו היכ' דטעין הלוה פרעתי

האמנם יש לעמוד לכאורה דמדברי הרא"ש לא משמע הכי דהרי נראה' דפ' אלמנה שם ד' נ"ו ע"א גבי אלמנה ששהתה ב' שנים ולא תבעה מזונותיה דאיכ' תרי ליסנ' בגמ' וכתב הרא"ש ז"ל הילכך לא אבדה מזונותיה עד שתה' עניה ופרוצה יע"ש וכן פסק הטור א"ה שם סימן ל"ג סעי' י"ג ואסברא לן מרן ב"י שם דטעמו הוא דכיון דאיכא תרי ליסני הו"ל ס' כו' ונכסי בחזקת האלמנה קיימי כדאמרינן גבי בעיא דיתומים אומרים נתננו דמספי' לא אמרינן דמחלה כו' יע"ש הרי דס"ל להרא"ש דטעמ' הוי דבכל ס' דדינ' דאתיליד בין האלמנ' והיורשים הנכסים לאו בחזקתייהו קיימי וכ"כ הרב ב"ש שם ס"ק כ"א דבכל פלוגתא' וס' דדינא האלמנה היא מוחזקת יע"ש וזה דעת הרב מהרש"ך הנז"ל והביא דבריו הרב כנה"ג שם הגב"י אות י"ט וכ"ב ול' ואיליה מההיא דיתומים יע"ש דנמצא דטעמא דסוגיין הינו מטעמא דהטוען אחר מעב"ד אינו נאמן

וראיתי להרב כנה"ג שם שכתב ע"ד מהרש"ך ז"ל ונוראות נפלאתי עליו דבשלמ' התם אעיקרא דדינא חייבים הם במזונותיה כו' אלא דיש הכחשה ביניהם דאומרים פרענו כו' ועליהם להביא ראיה כיון דאפי' לפי דבריהם חייבין במזונו' אבל היכא דאעיקרא דדינא יש ס' אי יש לה מזונות אי לא ודאי דהנכסים בחזקתם של היורשים קיימי יע"ש ובשיטה הלזו קאי הרב מש"ל דדוקא ביתומים אומרים כו' הוא דאמרינן דנכסי בחזקת האלמנה קיימי לא בס' דמעיקרא אי יש לה מזונות יע"ש וזה

בוא

הוא דאמרינן דנכסי בחזקת האלמנה קיימי נא
נמ' דמעיקרא אי יש לה מזונות יע"ש וכן הוא דעת
הרב מהר"א מזנסון ז"ל הביא דבריו הרב כנה"ג שם
אות למ"ד יע"ש ולפום ריהט' משמע מדברי הרא"ש
הנ"ל דטעמו הוא דהשת' ומה התם לגבי דיתומים
דטענתייהו היא טענת ברי' וגם חזקה דפרע דייק
המשותפת עם טענת ברי' עכ"ז העדיפו חז"ל טענת'
של האלמנה מטעם דנכסי בחזקת האלמנה קיימי
כ"ש היכא דליכא הוא טענת ברי' גבייהו דיתמי
דהש' נמי לגבייהו דיתמי איתיה אי מחלה
חיובם של היתומים דהוה רמה עלייהו בבירור לפרו'
לה מזונותיה או לא מחלה דמה מה שהת' אפשר
דהיתה לאיזה סיבה הידוע אכלה ס"ל להרא"ש
דהיא נאמנת

ואפשר דס"ל להרב כנה"ג ודעימיה דהני' פסקו של הרא"ש דהם' אתילי' עכשיו
דלא ידעינן אי טעמ' דשתקה הוי משו' דמחל' ליתומי'
חיובם של המזונות דרמו עלייהו או דלעולם חיובם
דהוה רמו עלייהו כדקאי קאי ומה ששתק' אינו משו'
דמחל' להם זכותה אלא לאיזה סיבה הידוע לאלמנה
אחר מטעם זה דאם יום אחד מקודם הגעת השתי
כניסתה תבעה זכותה מחייבי היתומי' לשלם במיעבא
וכמ"ש הרמב"ם שם ופסקו מרן בש"ע שם בהדי' באופן
דע' השתא היו נכסי היתומים משועבדים בעבוד גמור
וברור לאלמנה ברם בהכי' למהרש"ך דתבע' כתובתה
באופן דאיכ' ספיקא אי אית לה מזונות משעת
התביעה ואילך או לא דהם' אתילי' מקד' קדמת' קודם
חיוב מזונותיה דכל יום ויו' דלהב' וזהו סברת' החולקים
על ס' מהרש"ך וזה מדוייק מהאי לישנ' דנקיט הרב
מש"ל לא כן בס' דמעיקר' אי יש לה מזונות יע"ש

ואף היה מתברר מהאי דינא דהרא"ש דטעמ' דסוגיין דהיתומים אינם נאמנים
לאו משום טענא דהוי טוען אחר מעב'ד דומיא
דמלוה דגובה חובו וכמו שכתב התשב"ץ אלא דחז"ל
העדיפו כחה של האלמנה לגבי חיוב מזונותיה דהא'
נאמנת בדיבורה וטענתה לגבי היתומים כי היכי דיש
לה אלימות כח למכור שלא בהכרזה ושלא בב"ד
וכמ"ש מקצת מהראשונים ז"ל וגם הרשב"ץ ה"א סימן
יו"ד כתב כן כיון דאלים כחה למכור שלא בב"ד על
היתומים לגבי' ראיה דאתי לגו זמניה אבל ודאי
הנכסים בחזקת היורשין קיימי והרי הם בנכסים
אלו במקום מורישם ושעבודא בלחוד הוא דאית לה
גבייהו דיתמי כו' עכ"ל

וראיתי להתשב"ץ שם ח"ב דסיים וז"ל וגם היא אינה נוטלת אלא בשבועה כדע'
הרמב"ם ז"ל ואילו היו הנכסים בחזקתה ממש לא היתה
צריכה לישבע וזה דבר פשוט הוא ע"כ ולכאור' אינו
הוכחה כלל דאדרבה מב"ע דהא נשבעת היא ונפטר'
השיב' היא מוחזקת בנכסי יתמי דומי' דכל לוה דעלמ'
דנשבע היסת לפטור עצמו הגם דהנכסים בחזקתו
ממש אבל מהנראה הוא דהתשב"ץ הוה גריס בדברי
הרמב"ם נשבע כעין של תורה ונוטלת וגירס' הלזו
בדברי הרמב"ם הוה גריס הריטב"א ז"ל והובאו דבריו
בחי' בה"ז שם בפ' אלמנה ד"ן ע"ד מהש' שכתב
וז"ל ומו"ה כו' דכיון דנכסי יתמי בחזקת האלמנה
עומדים הרי הוא כאילו יש משכון בידה וכ"ש ואין
עליה אלא שבועת היסת אבל הרמב"ם שכתב דנשבע'
כעין של תורה דהא נשבע ונוטל הוא לטעמי' אזיל
שכתב דאפי' מי שיש בידו משכון חשוב נשבע
ונוטל עכ"ל הרי אתה רואה דהוה גריס הריטב"א
בדברי הרמב"ם כן ונראה דגירס' הלזו הוה גריס
הרשב"א ז"ל הביא דבריו הר"ן בהלכות שם והר"ן ז"ל
דהשיג על הרשב"א היינו טעמא דכך הוה גריס
בדברי הרמב"ם שבועת היסת וכמ"ש שם בהדי' וכן
הרב המגי' שם והש"ג פ' אלמנה גרסי שבועת היסת
יע"ש ; והריטב"א שם הביא משם
הרב בעל העיטור כדברי הרב רבו דאינו נשב'
אלא היסת יע"ש האומנם לשון הרב בעל העיטור
שלפנינו אינו כן זהילך לשונו אות כתובה דע"ח ריש
ע"ד וז"ל והרמב"ם אמר על היתומים כו' או תישבע
היסת ותיטול וליתא עכ"ל אבל המציין יראה דט"ס
נפל בדברי הרב בעל העיטור וצ"ל אבל הרמב"ם
אמר או תישבע כעין של תורה ותיטול ולית' ועי'
להרב ב"ש שם סימן צ"ג ס"ק כ"ד שכתב כן להרשב"א
ז"ל שהוא גריס בדברי הרמב"ם תישבע כעין של תור'
כו' ובזה מיושב מה שהקשה עליו הר"ן יע"ש ועת'
ראיתי להרב שמן המשחה הנ"ל ד' ס"ט ע"א דהבי'
תשו' התשב"ץ זו והאריך בעיון יע"ש ונעלם מעיני דמר
כל מש"כ

האמנם הא קשיא לי בדברי הרב התשב"ץ שם שכתב וז"ל ודמי'
למאי דאמרינן בפ' השואל שוכר אומר נחתי והמשכי'
אומר כו' לבתוך זמנו בחזקת שלא נתן וה"נ כו'
אוקמו רבנן הנכסים בחזקת האלמנה וס"ל תוך זמנו
כו' עכ"ל דאם באנו לידי מידה זו דהו"ל כדין שוכר
אם כן מה התם בשוכר מוציא המשכיר מיד השוכר
בלתי שבועה אלא דלאחר הפרעון תובעו השוכר כו'
וכמ"ש הרמב"ם פ"ז משכירות והטור סימן ש"ן יע"ש
ולא מבעיא דאין המשכיר נשבע שבועת המשנ' אלא
אפי' שבועת היסת לית ליה אלא ח"ם אית ליה
ונוטל ועדי' נמי פרעון דמי השכירות דנאמן בלתי
שבועה לפרעון דמי הלואה לס' הטור ז"ל דבסימן
צ"ח פסק ס' אביו הרא"ש דצריך שבועת היסת אע"ג
דלגבי יתומים נפרע בלא שבועה לגבי לוה עצמו
צריך שישבע המלוה מאחר דהלוה טוען ברי' ואילו
לגבי פרעון דמי השכירות נוטל המשכיר בלא שבועה
מאחר דחיובו של דמי השכירות אינו אלא אחר
השלמת ימי השכירות דאין השכירות משתלמת אלא
לבסו'

ואפשר דכונת התשב"ץ למימר דהעדיפו חז"ל מזונו' האלמנה לענין זה דאינן
נאמנים היתומים לומר פרענו דדיינינן האי דינ' כתו'
זמנו של פרעון דמי השכירות דאינו נאמן השוכר
והכא נמי אינם נאמנים ברם התם נאמן המשכי' בלתי
שבועה יען דאיכא גביה דמשכיר החזקה דאין השכי'
משתלמת אלא לבסו' משא"כ בחיוב דמי מזונות של
האלמנה דעשויין לפרוע בכל יום ויום אסר מה"ט
אסברא

אסברא לן הר"ן ז"ל בסוגיין דאע"ג דקא פשיט. ליה לרבי יוחנן בפ"ק דמציאה הטוען אחר מעש"ד לא אמר כלום הכא קא מבעיא ליה לרבי יוחנן מטעמא דשאני מזונות דעבידי לשלומי בכל יומא ויומא ויעויין מש"כ הרמב"ן והביאו דבריו הר' כנה"ג ח"מ סי' ע"ח הגה"ט אות והר' ש"ך שם סי' ע"ח ס"ו ודוק ׳

באופן דעלה בידינו דטעמו של הרא"ש הנז"ל הוא משום דה"ס אתיליד השתא וכאמור אלא דיש לעיין לכאור' ממ"ש הרא"ש עצמו פ' שני דייני גזירות סי' ו' על מש"כ הרמב"ם דאלמנה שתבעה מזונות ולא הוציאה כתובתה דאין לה מזונות דטוענים ליורש דשמא מחלה כתובתה לבעלה וחלק הרא"ש ז"ל על ש' הלזו ויש לה מזונות מטעמא דנכסי בחזקת האלמנה קיימי כדתני לוי עד שלא ניסת וכו' יע"ש והא הכא הספק אתילי' מקדם קדמתה חיוב מזונתיה דכל יום ויום במזונות דלהבא דדילמא מחלה כתובתה בעודו בחיים ומשעת מיתת הבעל ואילך הא אתייליד הספק של חיוב מזונותיה

עוד מלכים מדיינים זה עם זה בדברי הרא"ש הללו יעויין להר' גו"ר ח"מ כלל ג' סי' כ"ו ובא רעהו הר' מהר"י הלוי שם סי' ז"ך וחלק עליו מדברי הרא"ש הללו יע"ש בדק"ח ע"א ושם סי' כ"ח עמד כנגדו הר' גו"ר יע"ש גם הר' קמ"ר שם הל' אישות עמד בזה יע"ש ויעויין להר' גדול שבדורינו הר' מוהריט"א ז"ל בס' שמחת יו"ט סי' כ"ב דפ"ב ע"ב ואילך וזה הלכה העלה הר' ז"ל וז"ל וצכ"פ מה שאמרו נכסי בחזקת האלמנה קיימי לאו חזקה גמורה אלא שעבוד בעלמא הוא דמשועבדים לה עפ"י תנאי ב"ד יע"ש

ודרך אגב עמדתי על תשו' הר' פ"מ ח"ב סי' ע"ג דקמ"ד ע"א דיהיב טעמא על תשו' מהר"ש דמת חניה כו' וז"ל ונלע"ד ליישב דברי מהר"ש באופ"ן דעדיף חוב דמזוני דאית לה מתנאי כתובה דלא מחסרא וכו' עליף מחוב כתובת אשה ושאר חובות כו' מש"כ במזונות האשה וכו' וה"ל הנכסי' ראוים לגבי הבן בעלה יע"ש דלפום ריהטא איכא לאתמוהי על דברי הר' ז"ל א"כ בירושת ירושת בנו הבכור והיה הכ' לצדד ולומר דמאחר דהר' פ"מ ז"ל כבר הסכימה דעתו דעת עליון ז"ל דתשו' הלזו דמהר"ש מיירי דכבר נשבעה הזקנה דאם לא נשבעה כו' ולא הוי ראוי כו'כי וזות הבכורה חלה תכף במיתת האב וכמ"ש הר' אידושי אש' משם הר' ש"י ז"ל בפ' כל הנשבעים ע"כ ואף דכבר נשבעה האלמנה סו"ס מהוברה גוביינא מקרי דהא בעי הכרזה ושומת ב"ד ומהוברי גוביינא מקרי ועוד היה אפשר לצדד ולומר דכוונת הר' פ"מ הוא דכבר אסברא לן הר' ז"ל בתשו' הקודמות ה"א סי' ל"ט דרנ"ה ע"ג דלגבי בכורה המוחזק לאביו בעינן דבכל אשר ימצא לאביו קאי כו' אע"ג דלגבי בנו הבכור הוי ראוי דין הבכורה כראוי מוחזק לפניו ומהר"ש קאי לגבי כתובה של הילדה דאינ' גובה מאחר דראוי לבעל אשר מש"ה הכיב הרא"ש דזכה בחלק בכורתו אף דהיה משועבד לכתובת אמם והוי ראוי מ"מ מוחזק הוא לאביו ׳

האמנם המעיין יראה דהא לא מכרעא דהא הר' פ"מ עדיין לא אסברא לן האי תירוצא דכתב בח"א אלא בע"ב רימז לן הר' ז"ל הני מילי דמיטב וז"ל ואני בעניי הנה מקום אתי לחלק חילוק נכון כמין חומר וכו' יע"ש באופן דעד עכשיו היו דבריו טמונים וחופים ומלבא לפומא לא גלי זולת שם בע"ב ועוד דאם באנו לידי מידה זו א"כ אין חילוק בין כתובה למזונות דהא תשו' דמהר"ש דפ' כל הנשבעים נקיט בלישניה דאין לך אדם מיני אלף דאין לו כתובה ומזונות וביטלת ירושה וכו' ועוד יש לעמוד דאי הר' פ"מ ז"ל דבריו סובבים עם מש"כ בה"א וכאמור א"כ אמאי נקיט הר' ז"ל פלך השתיקה והו"ל להר' ז"ל לעלות על שפתיו שפתי צדיק לאסבר' לן דכפי דברי התוס' והראשונים ז"ל משמע דלית להו להאי סברה דכל דלגבי מוריש הוא מלוי לא איכפת לן לגבי בכורה דהא קא מקשו מכתובת אשה והא כתובה לא ניתנה לגבות אלא לאחר מיתה והא מלוי הוא לגבי האב ולא איכפת לן לגבי הבכור דהוי ראוי משום דמשועבד לכתובה דבשלמא מב"א שפיר קא מקשו להסלקא דעתין דלא מחסרה גוביינא דומיא דעסקין דלא מחסרה גוביינא ולזה תירצו דב"ח מחוסר גוביינא מקרי מאחר דצריכי אדרכתא והכרזה כו' אלא משמע לפום ריהטא מדמקשו מכתובת אשה דלית להו לראשונים ז"ל האי סברא והנה דהאי סברא דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים אינה סברא מוסכמת מכל הראשונים ז"ל דהא הר' בעל העיטור והגאונים ז"ל חולקים ויעויין במרן ב"י א"ה ריש סי' ל"ג והר' כנה"ג שם ובתשו' ח"מ ח"ב סי' ט"ל דל"ח ע"ג וע"ד ובכנה"ג ח"מ סי' ל"ז הגה"ט אות מ"א ובמט"ש שם אות ז"ך במה שרימז שם מ"מ הרואה יראה דרבים לוחמים ולא משמע דקושיתם של הראשונים ז"ל הנה הנה למאן דס"ל כתובה ניתנה לגבות וכו'

ואיברא דהאי סברא דאסברא לן הר' פ"מ ונלוה עמו אחד קלוש מדבר הוכחו דבריו בתשו' הר' בני אברהם א"ה סי' מ"ל ויעויין בהשמטות שם כבר כתב שם דמאורי דהאי שמעתתא איהו ניהו מרן ב"י ח"מ סי' רע"ח סע"ב שכתב וז"ל ודע שלא חילקו בין ראוי למוחזק אלא לגבי המוריש דמה שהוא ראוי למוריש בשעת מיתתו אין בכור נוטל פ"ש אבל לא לענין יורש שהרי כשמת הבכור בניו יורשים חלק בכורתו בנכסי הזקן יע"ש וא"כ נאמר לכאורה דאין תלונה על הר' פ"מ אלא על מרן ב"י ז"ל דכת' האי סברא כאילו היא הלכה פסוק' ולכאורה מלינו דרבים ונכבדים חולקים על זה

וקדידי חזיתי דרב המרחק בין תורתן של הראשונים לתורתו של הר' ב"י דהראשונים בפ' חזקת קיימי היכא דשעבדם המוריש עצמו מחיים ואע"ג דאין הגביה מהאי שעבודא אלא לאחר מיתה משום דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים מ"מ האניא ליה שעבודיה דשעבד שבעל מחיים דקודמת וטורפת קודם כל ב"ח מטעמא דלמפרע חל שעבודא קמא של חוב הכתובה ועל יסוד מוסד הלז באו שם דברי הראשונים ז"ל להקשות דכל אדם דמת יש לו שעבוד כתובת אשתו דשעבד הבעל נכסיו

נכסיו בעת הנישואין או מכח תנאי והגם דלגבי המוריש תנוי הוא מ"מ לא חשיב תנוי גמור דהא קדים שעבודא דילה מקודם מיתה לזה אירלו ז"ל דהגם דחל שעבודא דכתובה מהייה על נכסי המוריש מ"מ לא חשיב' ראוי לגבי הבכור דהא מחוסרי גוביינ' ניניהו האמנם תורתו של מרן ב"י אינו אלא בתנוי הנכסים אבל המוריש בניתו בלתי בוש שעבוד וא"כ כיון דהר' פ"מ משאו ומתנו בשתי תבו' אלו של מהר"ם ושל הרא"ש דקודם דמת המוריש היו נכסיו משועב' לכתובת האלמנה מחייה הכר מהאי טעמא סובר מהר"ם דזה חשיב ראוי הפך דברי הרא"ש ז"ל לכאורה מאי מייתי הרב פ"מ כמוכות שלו דלא הקשה אהדדי מהאי כללא דהסברא לן מרן ב"י דרב המריק דעל ישוד זה אנו דנין גם שעבוד דכתו' דמחייש דחל על נכסי המוריש אי

הבינין להני נכסי דין מורוקין או דיינינן בהו דין ראוי וא"כ אינו ענינתםו מהר"ם להאי כללא דאסבר' לן מרן ב"י וכאמור וה דלא כהר' פ"מ דכת' שם דרנ"ו ע"ד ודוק ומרן ב"י ס"ל דשנקי' לקרא דדחי' ומוקי כו' או דמהב האשה קודם נעלה או דמחלה כתובתה לבעלה

ואחרי כותבי ראיתי להרשב"ם ז"ל בסוגיין ד"ה א"כ כו' שכת' וז"ל ומיהו לאו התקפתא מעליתא היא דהיכא למי' איבטל והיבטל שם ובשאר מקומות יהקיים דשנקיה לקרא דאיהו כו' יע"ש ומאי דנקט רשב"ם ז"ל לאו אתקפתא מעלית' היא היינו לומר מטעם ביטול הבכורה באותו מקום לגמרי „ והכי משמע מסוג' עלמה שם דפריך רב אשי אי הכי אפי' שכקא נמי וא"כ ביטלת כו' אלא מאי אית לך למימר דקרא מתוקמא היכא דיהיב מהייס הטסקא וא"ך מת כו' באופן דקרא איכא הנפא דמתוקמא ואיכא אנפא דלא מתוקמא היכא דמנגד לפוסדינא אלא דלפ"ז מאי קשיא להו למהר"ם והרא"ש ז"ל ביטלת כו' הא איכא למי' כדכתי' דשנקי' לקרא דדחיק ומוקי כו' וכאמור והכי מצאתי ראיתי להרב עדות ביעקב ז"ל סימן ך' דמ"ו ע"ב

ואיך שיהיה לא מצאתי טעם נכון לדברי הרב פ"מ והאר החיפוש ראיתי להרב ג"ור א"ה כלל ד' סו"סי ג' דעמד ע"ד הרב פ"מ הנז"ל דלפי דבריו הדרא קושיין לדוכתין ביטלת כו' גם הרב דברי אמת בזכרונותיו כ"י הות ראוי דבבית הילוק הלז של הרב פ"מ וכתב עליו ולא ידעתי מה יענה לסוג' דפ' הזקת עכ"ל יע"ש גם ראיתי לגדול שבדורינו הרב מהר"י הון ז"ל בס' חק"ל ח"מ ח"ב סי' נ"ן דפ"ו ע"ג דהביא דברי הרב פ"מ וקשיא ליה כקוש' דא"כ ביטלת כו' יע"ש

המורש מכל האמור דבהא סלקי' דלעולם הירושה ממשמשת והולכת לפני היורשי' ממש ולא אלים שעבודא דילה להחרוקן וכוחם של היורשי' אלים אלא האלמנה אינה אלא כבעל' חוב דוקא ולא שייך הכא מחוקתם של הראשוני' בהאיא דלוה הרוצה לילך למד"ה וכאמור . ועוד נר' דמה דמות יערוך להאיא דלוה כו' דע"כ לא כתבו כא מן הראשונים אלא בלוה גופיה אבל במלוה עצמו דרוצה לילך למד"ה ובא לפני ב"ד הצדק בטענה דרוצה לעקור דירתו ממקומו ורוצה דימסרו הנכסי' בידו היאכן דשמי ביד ב"ד לכוף הלוה שיתן המעות ביד שמלוה כדי שיגבה חובו בזמנו זה לא אמרו אדם מעולם מטעמא דאמרינן ליה למלוה אי הגיע זמנך לגבות חובך תגבה ואי עדין לא הגיע זמנך לגבות חובך המתן עד שתבא זמן הגביה ותגבה דהגם דאית לך שעבוד בנכסי הלוה מ"מ עכשיו מיהא לאו לפרעון קיימי וכמו כן לגבי חיוב ושעבוד האלמנה אם רצתה לגבות כתובתה עתה ואינה רוצה לזון מנכסי בעלה תגבה ואם אינה רוצה אלא לזון מנכסי בעלה אינה יכולה ליטול הנכסים מכח שעבודא ולהוליכן למד"ה דהא לפום דינא אין כח בידה לגבו' מן היורשים לכל ימי חייה אלא לפי הקצבה והגבול דנתנו חז"ל וכדאמרי' בפ' אלמנה דל"ז ע"א אמר אמימר הלכתא מוכרת לששה חדשים ולוקח מפרנס אותה אחת לשלשים יום וכתבו הראשונים דטעמא דחשו הכמים לפסידא של היורשים דאם תמות האלמנ' בתוך ששה חדשים יחזיר הלוקח את המעו' לבעלי' דהיינו היורשים והגם דהרב בע"הש באות ך' דע"ת ע"ד כתב משם ריש מתיבתא דהא דאמרו דמוכרת לו' חדשים היינו דוקא לאלתר דמת דאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בב"ד אבל מכאן ואילך מוכרת בב"ל אפי' לכמה שנים יע"ש הא לא מכרעא דכבר שיים שם הרב בעל העיטור ולא בריר לן ומסתבר' דלעולם אינה מוכרת אלא לששה חדשים וכן פסקו הטור ומרן א"הע סי' צ"ג סעי' כ"ג ועוד דאפי' לדעת הרב ריש מתיבתא היינו דוקא באופן המכיר' עצמ' האמנם אין הלוקח מוסר דמי המקח ליד האלמנ' אלא שעו' מזונותיה של א' נמצא דלא העדיפו חז"ל כחה של האלמנה למסור בידה דמי המכירה של קצבה ששיערו חז"ל אלא כדי שיעור חדש א' דוקא כדי שלא יבא הפסד והפסיד' ליורשין אמאחה ומעתה כיון דבריא הזיקא הוא דממון דהולך מה"ל לא"י מעיקרא אית ליה ומפקנ' לית ליה כידוע ואפי' בממון דעבדי בני אדם סילוק וחזר' לח"ל דבהעדרו יחזרו הנכסים ליורשיו אחריו עכ"ז בלתי השתדלות וטרחא יתיר' לא אפשר להוציאם מהתם להכא ולהזמין שם אדם נאמן גבר' בחריקייהו של היורשין ולהשתדל בכל מאמצי כהו וכולי האי ואולי אם ישבו תחת האפ' להשינו ליד בעליו או צריך לפעמים דהיורש עצמו שילך לדרך פעמיו מהכא להתם ויעזוב משאו ומתנו אשר יש לו בעירו וללכת בים וביבשה וכמה הוצאות ופיזורים מנה על מנה וכ"ש וק"ו בב"ד דהמקבלות המתנות הנה הנם וגם מקבלין הן ירושות מש"ת ואין דרכן של אשה לצאת ולבא ולריכות הנשים לעשות שליח קבלה ולפייסו ברלי כסף ולפחות עד פלגא אבר מטעם זה לא לייתינן לה לאלמנה גופא אם באת בטענה שימסרו נכסי בעלה בידה להוליכן לא"י א"ו כדי שתהיה בטוח' במזונותי' ושתכלה קרנא של היורשים אלא המזו' מוטלת על כל ב"ד וב"ד דבכל אחר ואחר לעשות כל טלדקי דהפשר למיעבד דלא יבואו ממונם של היורשים דהניחו מורישם לידי פסי' אלא

אלא הקרן קיימת לעד לעולם וכמו דאסברא לן הרי"ף בתשו' והביא דבריו הרב מהר"ש דוראן ח"ד סי' י"ו אות מ'ד"ח ע"א וז"ל כדי שלא תכלה קרנם של היור' מחויבים הב"ד לעשות דרך נכונ' כי כן כת' הרי"ף בתשו' כי הב"ד צריכין להשתדל לשמור ממונם כו' יע"ש באופן דלא שייכא בנ"ד מחלוקתם של הראשוני' ז"ל בלוה הרוצה לילך למדינת הים וכאמור

ועוד מטעמא אחריתי לא שייכא בנ"ד ההיא דלוה המבזבז כו' דלדעת הרמב"ן ז"ל ודעימיה דלא שמי בידיה דמלו' לעכב בידו של לוה דהרוצ' יר' ההיא ליתנ' דכתבו ז"ל דאין ב"ד נזקקין כו' יע"ש כלו' דב"ד חיישי לפסיד' דלוה ברם בגוונא דנ"ד דהממון מונח לריוח היו' כנהוג ואוכלים כאשר המה ומהריוח הרי האלמנ' ניזונת והקרן הרי הוא מוכן דבעת פקודתה של האלמנ' יגבו הני אינשי מעלי מקצתם הם ת"ח העוסקים בתורה דלא פסיק גירסא מפומייהו ועיניהם נשואות עד מתי קץ הפלאות לעושה נפלאות להביא טרף לביתם ומקצתם מהם נשים שאננות הבוטחו' ועניות קא רדיף אבתרי' וכנודע ומלבד דהסברא מחייבת בהכי דלא למיעבד עובדא להרשות להאלמנ' ליגע בהני נכסי להוליכן מהכא להתם גם לפום דינא דייני הכי וכמו דאסברא לן הרי"ף בתשו' סי' מ"ו וז"ל מי שהניח ממון תחת יד היורשין ולא רצת' האלמנ' לגבות כתובת' אלא רצת' לזון ותפס' האלמנ' על אותו ממון שתחת יד היורשים שמא יפסידו אותו ולא ישאר לה ממה שתיזון אם יש מן הדין להוציא הממון מתחת ידיה' ולתת אותה ביד נאמן או לא תשו' אין מוציאין אותו מתחת יד היורשין דאין האשה ניזונת ממטלטלי אלא מתקנת הישיבות אבל לא מן התלמוד ואין כח בתקנת הישיבות להוציא ממון מתחת יד היורשים אלא הרי הם סוחרין בו ומשתכרין בו וזנין את האלמנה כו' יע"ש

הרי דאסבר' לן הרי"ף כמ"ש דלא לייתינן לאלמנה בהומרא דאיכ' למיחש לפסידה דמזונותיה על ידי משאם ומתנם של היורשין ולא ימצ' באיזה זמן לגבות וכותה אלא דינא הוא דהיורשין סוחרין בירושת אביהם דזכו מדינ' וזנין את האלמנ' ודבר ה' בפיהו אמת של הרב מהרי' דאתרין הרב בני אברהם אה"ע סי' מ"ה שכת' וז"ל וזה פשיטא לי דכל אלמנה שלא תפסיד מזונותיה אינה יכולה לעכב ביורשין שלא יחלוקו ירושתם מכח שיעבוד מזונו' אלא חולקין ירושתם ויזונו אותה כל יורש ויורש לפי חלקו יע"ש

ושור דהאי דינ' ספרין פתיחו הרמב"ם ז"ל פי"ח מאישות הביאו דבריו הטור ומרן בש"ע סי' צ"ג ס"ך וז"ל כתב הרמב"ם הניח בעלה מטלט' ולא תפסה אותם היורשים נוטלין והם מעלין לה מזונות ואינה יכולה לעכב ולו' יהו המטלטלים מונחים ביד ב"ד שמא יאבדו כו' ואפי' התנתה עליו דפי' שתיזון מן המטלט' אינה מעכבת יע"ש

ואיברא דראיתי להרב בעל העיטור אות כתובה דע"ח ע"ב דהביא תשו' הרי"ף הנז"ל בסגנון אחר וז"ל ובתשו' כתב אם תפסו היור' מטלט' אין לאלמנה להוציא מידם וליתן ביד ב"ד שמא יאבד כו' דכולי האי לא תיקנו יע"ש מריהטא דלישנ' משמע דוקא אם קדמו היורשים ותפסו דעשו מעשה בפועל ידם לתפוש הא אם הם מונחי' בתפיס' הבית בבית המורים כאשר היתה באמנה איכ' למיחש לטענת האלמנה דיתנו ביד ב"ד דשמא יאבדו כו'. ברם בתשו' הרי"ף שלפנינו לא הזכיר לשון תפיסה ומ"ש הרי"ף כי האי לישנ' אין מוציאין מתחת יד היורשין כו' היינו משום דהרי"ף סובב הולך למאי דשאילו מיני' דמר ז"ל מי שהני' ממון תחת יד היורשי' כנז' בשאלה האמנם לפום דינ' לא בעינן דקדמו ותפסו אלא כל היכ' דאיתיה הו"ל כאילו מונחי' בידם הגם דלא תפסו בפועל וכלפי דהאלמנ' לא תפסה קרינן ביורשין דתפסו ולישנ' דהרמב"ם הנז"ל הוא יותר מבורר דנקט הניח בעלה מטלט' ולא תפס' אותן היורשין נוטלין כו' דמשמע דכל זמן דלא תפסם האלמנה בפועל מסתמא הם מונחין ברשות היורשים והרב המגיד כתב על דברי הרמב"ם וכן מבוא' בעיטו' שבתשו' הגאון כתב כן עכ"ל

והרואה יר' דתשו' הגאון היא תשו' הרי"ף כמו שהזכיר למעלה וכת' רב אלפס ש"מ כו' ומ"ש מהר"ש דוראן הנז' וז"ל אבל אם אמרו היורשים שינתן בידם הנכסים והם עצמם ישאו ויתנו בהם ברשותם ולא יטלו דבר אין שומעין להם דחיישי' דילמא אכלו להו ומכליא קרנם ואפי' אם יתנו ערבים בדבר אינו מן הדין עכ"ל אינו מנגד למה שכתבתי דהרב מיירי היכא דכבר היתה האלמנה תפוסה ועומדת ברם היכא דהנכסים ברשותם של היורשים ולא חלו בה ידים לא לייתינן לה לאלמנה וכמבואר בדברי הראשונים והגם דהרב מהרימ"ט ח"א סי' ג' ובה"ת סי' ע"ג הביא דבריו הכנה"ג אה"ע סי' דאין רשות ליורש ליגע בנכסי המורים עד שתגבה האלמנה כתובת' יע"ש היינו דוקא היכא דבאו היורשי' למכור נכסי מורישם ולהוציאם מרשות' האמנם היכ' דנוטלין אותם לחלוק וליטול כ"א ואחד חלקו להסתחר בהם לא איירי הרב הגדול מהרימ"ט דהא עדיפא מינה אסבר' לן שם בח"א שכתב וז"ל דהא ודאי אילו רצו היורשים היו יכולין למחות בה בב"ד שלא תגע בנכסים שהרי אין הנכסים בידה אלא לבטחון כתוב' ומזונותיה ומה שהיא מרווחת היו יכולין הם להרויח עכ"ל והיינו דהיו היורשים נושאים ונותנים בנכסים ומרויחים וכמו שבא בשאלה

ואיברא דלפום ריהטא משמע דפליג הרב מהרימ"ט על תשו' מהר"ש דוראן הנז"ל דכת' דאין שומעין להם דחיישי' דילמא אכלו להו ומכליא קרנא ואפי' אם יתנו ערבים בדבר אינו מן הדין עכ"ל הרי דסג'ר את הדרך לפני היורשין ואף שכתבנו דהרב מהר"ש דוראן קאי היכא דתפס' האלמנ' והנכסים בידה הנה גם הרב מהרימ"ט ז"ל בהא קאי דנכסים בידה ויעויין בת' מהר"י קלעי והרב פ"מ בח"ב סי' ע"ו וע"ט

באופן דסמי בידייהו של היורשים ליטול נכסי מורישם ולישא וליתן בהם הגם דהני נכסי הנה הנם משועבדים לאלמנה עכ"ז לא

לא נתקון זכותם של נכסי מורישם אלא האלמנה כדי שלא יהיו רשאים ושלטאים להסתחר בהם וכ"ש וק"ו היכא דהנכסים לא הוו בה ידים כלל אלא הנה הנם מונחים ועומדים במקומן כאשר היתה באמנה בעודו בחיים המוריש מ"ך למאז ועד הלום הפירות של ריוח המעות מושלחים ועומדין מבכא להחם לאי"י ח"ו זה ימים ושנים אף לאחר העדרו של המוריש לא נגרע ולא תחסר כל שום פ"ק והכל כאשר לכל מונא ובא ליד האלמנה בשלם אשר מה"ט קובלים ומתרעמים היורשין וכל המקבלי המתנות כולם פה אחד על מעלת המורשה מהר"י מזהי נר"ו על מה ועל מה אתה עוקר נחלתינו וזכייתינו להוליכן לאי"י ח"ו דמעילנא הית לה ומבקנא לית לה כידוע ולמה נגרע זכותינו והטובה אשר אנו מלפים וסוף הכבוד לבא דמי גבר יתיב ולא ירא' מות וזמן ממילא קא אתיה ודרי הזיקא הוא וכעין נ"ד מלאנו ראינו להרב מט"ס ה"ג בתשו' סי' ז' דנשאל הרב מעין הנדון שלפנינו דבאו המקבלי מתנות נכך טענתא מאחר דידוע ומפורסם כי כל הארצות אר"י מעילנא אית ליה כו' והשיב וז"ל בד"י"ד ע"א שם גבן לעדין לא הגיע זמנו של שטר יען דזמנו הוא שנה א' קודם פטירתו הי' מזוס הא לא איריא דהכא לא מגבא גבינן להמקבלי המתנות במעו' הללו אלא מדין עיקול קא אתינן ודמיא למ"ש הטור סי' ע"ג ואמר מלאתי מנכסי פ' כו' דמלוה הדיין לעכב הממון עד שיגי' זמן השטר ודין זה הוא מוסכם היכא דאיכא אמתלא שלא ימצא מקום לגבות כו' וה"נ בנ"ד כ"ע יודו כו' שלא יוכל עוד לגבות כנודע יע"ש . מכו' יוצא דהוצאת הממון מהכא להתם לאר"י ת"ו בריא הזיקא הוא דמעילנא אית לה כו' והגם דנדון הרב מט"ס היה היה דהו"ל למקבל מתנ' קנין בגוף הנכסים דזכתי' בגוף משיום כו' הרס בהיובין דעלמא דאין למקבל מתנה כ"א שעבוד בעלמא מנ"ל הא לא מכרע' דהא ממקום שבאת דהיינו תשו' הרא"ש דאין למלוה על נכסי הלוה זכות בנכסיו כ"א שעבוד בלבד ואין לו זכיה כ"א בשעת גוביינא דוקא ואסברא לן הרא"ש דהדיין מלוה והקולר תלוי על צוארו כו' לעכב ממונו של לוה

ונ"ה דילמא ע"כ לא כתבו הראשונים דהיכא דאיכא אמתלא דלא ימצא מקום לגבות הוא הוא דהדיין מלוה לעכב אלא דוקא בהלואה גרידא דאיכא טעמא דנעילת דלת בפני לווין וכמו שכתב הרי"ף הביא דבריו הנמק"י ורמזו מרן ב"י שם סי' ע"ג שעש"ו יע"ש ויעויין למהרשד"ם ח"מ סי' של"ב דסיים וז"ל הא קמשמע אמרה הרב אלא מפני תקנת הלווין עכ"ל משמע לפום ריהטא דדוקא בהלואות איתיה להאי דינ' דשייך הטעם הרס בחיובים ומתנות דלא שייך האי טעמ' אין הדיין מלוה לעכב כו' דלא איכפת לן האמנם ברואה יראה תשו' מהר"ם גלאנטי ז"ל סי' כ"ע ורמוזה שם הרב מט"ס בתשו' ובכנה"ג שם אות ל"א דהגם דנדון הרב ז"ל היה היה והיתה רוצ' הנותנת כו' והשיב הרב כיון דהרי"ף והגאונים והרא"ש כתבו דמלוה הדיין לעכב כו' היכא דרואים ב"ד דהנותנת מבזבזת מעכבי ב"ד בידה שלא ליטול הממון כו' יע"ש הרי הגם דהרב ז"ל איירי בידיה ת'

הרי"ף דהטעם הוא שלא תנעול דלת עכ"ז קא פסיק ותני דלא מחלקי' בין חוב דהלואה למתנ' וחיוב והכי פסיק ליה להרב פ"מ ח"א סי' ל"א ורמזו שם הר' מט"ס בת' ובסי' ע"ג ס"ג אות דנדון הרב היה חיוב ומתנ' והביא הרב ז"ל תורתן של הראשונים הנז' ולא עלה על שפתי לדיק להלק בין הלואה דשייך טעמא של נעילת דלת כו' אלא דכ' תהילת דברי הרב תשובה כיוצא לנ"ד כו' יע"ש

והגם הלום ראיתי לשני גדולי האחרונים ז"ל דסברי מרנן דדוקא היכא דשייך טעם דנעילת דלת אמרוה אבל היכא דלא שייך לא וזהו דהרדב"ז הובאו דבריו בת' הרב המבי"ט ח"ב סי' קל"ד רמזו הרב כנה"ג שם אות ל"ד ע"ע יבם דרוצה לילך למ"ה הוך ג"א הראשונים שאינו ראוי לא ליבם ולא לחלוץ כו' דהשיב הרדב"ז דאינה יכולה היבמה לעכב ליבם כו' דלא כתב הרי"ף ברוצה לילך למ"ה אלא היכא דשייך טעמא דנעילת דלת כאשר כתב הרב והאי טעמי' לא שייך בנ"ד ע"כ ובא רעהו הרב המבי"ט שם וכתב וז"ל כתב כת"ר נר"ו דטעמ' דנעילת דלת לא שייך בנ"ד ואני אומר דאיכא טעמ' אחרינא כו' כדי שלא תתעגן היבמה כו' עכ"ל

הגה הרואה יר' ולבבו יבין דמשפט הלשון של המבי"ט דאויל ומודה מאי דדייק הרב הרדב"ז דהיכא דלא שייך טעמ' דנעילת דלת לא אמרה הרי"ף וא"כ אם כנים הדברים כמו שכתבנו איכא למילף דהאי דינא היכא דאינו הלוא' אלא חיוב ומתנה דלא שייך הטעם של נעילת דלת איכא פלוגת' בין רבני האחרונים דלדעת הרדב"ז והרב המבי"ט ליכא למיחש למבזבז או שהולך למ"ה ולפי דעת מהר"ם גלאנטי והרב פ"מ הנז"ל והרב מט"ס אף במתנה וחיוב דלא שייך הטעם של נעילת דלת איכ' למיחש וכאמור

ברם עיני' דשפיר חזי יר' דע"כ לא אמרו הראשונים דלא חיישינן למבזבז או מי שהולך למ"ה לכת הפוס' אלא דוק' היכא דאיתיה החייב בחיים ויבנו תחת האפשר דיש' ויחן וירויח ומקיים מצות פריעת חובו אבל היכ' דמת החייב והוא לקברות יובל דאינו בעולם ובגוונא דנ"ד דמת יעקב בעלה של האלמנה דברי' הזיק' אם יטול האלמנה הנכסים המונחים לריוח היום ולהוליכם לאי"י הא ודאי לא שבקינן לה ומלבד דמילת' דמסתבר' הוא הרי מצינו ראינו להרשב"א בח"א סי' תתק"ח שכתב דלא לייחינן ליה למלוה מטעמ' דדילמ' למחר ירויח וימצ' המלוה לגבות חובו והבי' דבריו הריב"ש סי' ק"ט וסיים שם הריב"ש ז"ל כתבו הרמב"ן והרשב"א דאע"ג דקי"ל כרב נחמן דזה גובה וזה גובה אם מת האחד והניח יתומים קטנים דאינם בני גוביינ' עד שיגדילו זה עומד בשלו יע"ש הרי היכ' דמת המלוה דליכ' הטעם דשמא ירויח נשתנה דינו ומאי דהוצרכו לומר דכיון דתפם כו' היינו משום דסו"ס הא נכסים גבייהו ליתמי ע"ש גם הרב פ"מ כתב שם וז"ל דהרי טעמו של הרמב"ן דאינזקקין בלוה המבזבז הוא מטעמא דירויח למהדר וימצא המלו' לגבות וכמ"ש הריב"ש כו' ואם כן במבריח נכסיו כו'

אף

אף בהוד' ומנו נזקין לעכב נכסיו דאם ממתיני' לזמנו יפסיד המלוה עכ"ל וע"פ סבר' הלזו דהיכ' דבריא היזק דלא מצי לגבות הוכו כתב הרשב"ץ הביא לדבריו הרשב"ם סימן ס"ד דאף הגאון והרמב"ן יודו דמעכבין ללוה שלא ילך למ"ה אףבחוץ ומנו וכ"כ הרדב"ז והבי' דבריהם המט"ש שם הג"הט אות ו' יע"ש

אה ע"כ נמצא כתוב לרבינו המחבר ז"ל בהך פסק' דדינא ועל מאי דהש' ונתן לעיל הרב המחבר בתשו' הרב פ"מ ח"א סימן ל"ט במאי דיל' לחלק בין ראוי דבכורה כו' עיין להרב ג"ור א"ה כלל ד' סי' ב דס"ד ע"ב ובת' הרב פני אהרן ח"מ סי' ל"ד יע"ש

סימן ס"ח

שאלה ר' ושמעון היו שותפין בבית אחת ונפל' ונהרסה הבית וחלקו הקרקע בגורל ע"פ ערך שומת הבקיאים שאמרו שחלק אחד מהקרקע לצד פ' הוא טוב יותר מצד השיבותו ונפל חלק שלה אשר הוא חשוב לר' ותנאי היה בין השות' שהמואב"ה שמוצי' ר' בחצר יהיה רחוק ממואב"ה של שמעון ובנה שמעון תחי' והוצי' המואב"ה כמנהג לרשות הרבים ושוב בנה ר' והוצי' המואב"ה שלו נמי לרשות הרבים ופתח חלונותיו לר"ה ומזיק בראיה לשמעון ובא שמעון ונתרעם על ר' דע"מ וע"מ פתח חלונות במוא"ה דמזיק לו בראיה יען דהוא קדם וזכה באויר ר"הר ואין לר' לפתוח חלונו' להזיק לו בראיה ואייתי שמעון מתניתא בידיה תשו' הרב מעין גנים כו' טוען דבשעת החלוק' בירדו דבריהם בין השותפים שלא יהא שום עדיפות וזכות לאחד יותר מבואף חבירו זולת החלק הקרקע לצד המעולה ועתה לשאול הגיעו מה יהיה משפט ההלכה ויבא שכמ"ה

תשובה מילת' כלנא כבר כדת נתונה מהני ספרי דבי רב מוסכים בשבע שופר והנה בעתה אנן בדידן אבא נקלרה ולכתוב שורותים לפי שעה והוא יש לברר נ"ד איטענת ר' עדיפא בין לפום דינא ובין לפום מנהגא לפום דינ' יסודתו בהררי קודש תשו' הרא"ש כלל נ"ע סי' נ' הביאו הטור סי' קנ"ד שכתב שכל מקום ומקום שהרשות נתונה מאת המלך לכל אחד ואחד להוציא בניינו לרשות הרבים הז הוי אותו אויר שבין שתי בתים הוי כחצר השות' כו' ואם פתח האחד תחי' גם הב' יכול להוצי' בליט' עלייהו להוי' ולהפיל יע"ש והבאי' ליתנ' של הרא"ש נפל מחלוקת בין רבני האחרונים אי סמי בידיה של המאוחר לפתוח חלון כנגד חלון של המוקדם הגם דמזיק לו בראיה או לא סמי בידיה של המאוחר אלא דוקא לבנות כנגדו ולהאפיל . אבל לפתוח חלון להזיק לו בראיה לא יעויין בדבריהם ז"ל ומרן בתשו' בס' אבקת רוכל סי' ג' נשאל ע"ז והשיב מאחר להרשב"א והריב"ש חולקין על הרא"ש נקטינן כוותייהו ועוד אפ' לומר דעד כאן לא קאמר הרא"ש ז"ל אלא לענין אפי' אבל שיהא רשאי לפתוח חלון שמזיקו בהז"ר אפשר דמודה הרא"ש לענין זה מיהא מהני הקדימה עכ"ל

הגה מרן ז"ל בתשו' הלזו לא קיים ליה בירורן ואמיתותן של דברי הרא"ש וספוקי מספ"ל מאי דעתיה אי האניא ליה קדימה לראשון לענין הז"ר גם מהרא"ם ח"א בתשו' סי' כ' כתב וז"ל דאילולי דברי מהרשד"ם הוה קים ליה בדברי הרא"ש אף לפתוח חלון ולהזיק לו בראיה דלא מהני' קדימה לדעת הרא"ש יע"ש ובפסקיו של מרן בש"ע סי' קנ"ד סע"ו איכ' להסתפוקי ביה אי להאפיל דוקא קאמר או אף לפתוח חלון ועי' בתשו' הרב פ"מ ח"ב סי' ל"ו דהבי' דברי מרן בש"ע ומייסוז"ל הרי משמע מלשונו דכשיש לאדם רשות כו' מצי הב' לפתוח חלונותיו ואם מזיקו בראיה ישתום הקודם כו' יע"ש באופן דכפי דברי הרב פ"מ ומרן ז"ל והסמ"ע בשיט' אחת קיימי לפרושי דברי הרא"ש אף למזיק לו בראי' וע"ש סי' ס"ל דקי"ח ע"א לסיים הרב דבריו וז"ל וכפי זה אין מי שחולק עד"ז זולתי בעל מ"ע עכ"ל ומהר"י שבון הובאו דבריו בס' מעין גנים סי' ב' כתב דכיון דמצינו להרב מ"ע דרב גוברי' מאן ספין ומאן כו' לפסוק הפך דבריו ואף דהרב פ"מ נמי רב גוברי' פליג עליה מ"מ לא אמרו אלא דרך מ"ומ יע"ש ועי' למהר"ש קמחי הובאו דבריו בס' בני דוד ה' שכנים פ"ה דנשא ונתן במילת' כדנ' ובדע"ה ע"ג כתב וז"ל כללא דמלת' בהא פלקי' כו' דכל שיש רשו' להוצי' זיזין כו' יש לו דין חצר השותפים כו' ולא עלתה חזקה לראשון לא לענין שלא יאפיל ולא לענין שלא יפתח וכהוראת מרן הקדוש והסמ"ע ליסוד נביאים הוא זה

העולה מהאמור דכל היכ' דאיכ' רשות מהמלך להוצאת זיזין כו' תלוי במחלוקת גדולי אחרונים אי סמי בידיה של המאוחר לפתוח חלון הגם דמזיק לו בראיה

ומדידי לפום דינ' אין כח ביד ב"ד לסתום חלונותיו של המאוחר וא"כ בנ"ד נמי דפתח ר' חלון במואבה כנגד חלון המואב"ה של ש' ר' זכאי בדינו כל זה לחלוקי' דלפום דינ' ולפום הלוק' דמנהג' הנה הפשוט במנהג עירינו קושטא' יע"א דאין פוצה פה למחות ביד חבירו שמאוחר לפתוח חלונותיו לר"ה בכל אורך הבית הפונה לר"ה והאי מנהג' הוי בין בבני ברית ובין שאינו בן ברית דסמי בידיה לפתוח כמה חלונות הפונות לר"ה נוכח ממש לחלונות של שכנו הקרוב אליו והרי פ"מ שם ביקש למצוא טעם למנהג וכתב וז"ל וכבר שמענו מפי זקנינו טעם למנהג שאמרו דכיון דכל החרבות נבנו פעמים רבות אחרות לא ילפינן מי קדם ואין ברירה דשמא הבא לפתוח מחדש בחורבה זו בבניינים הראשונים קדם הוא לפתוח כו' יע"ש

והנה

והנה לפי טעם זה דהעד העיד בגו הבית מזה נ"ל מפי הזקנים אית ביה תברא לפי זמנינו דלפי טעם זה הורה יוצאה דאם נגיד לן דהב' בנה לפתוח בקרקע בתולה דלא עבר בה איש ולא ישב אדם שם וכמו שהוא עתה בזמנינו דמכח רבוי העם הולכים ובונים בתים בבקעה ובשליני' ובכל עידן ועידן נעשים מבואות חדשים ממש אשר לא היה לעולמים א"כ מה שפתח תחלה כביר מצאה ידו למהות במאוחר שלא יזיק לו בראיה דהכא לא שייכא טעמן של הזקנים וע"ז נאמר דרך הלליי וטעם זקנים יקח ועוד איכא נפקותא אחריתי וכגוונא דנ"ד דהבתי' מעיקרא קודם שנפלו היו משותפים בהם ר"וש אלא דאח"כ דנפלו הבתים חלקו וכמו שבא בשאלה ואם כן במעון דבנה תחלה והוציא המותאבה לר"ה ופתח חלונותיו זכה באורה ושוב לא מצי ראובן לפתוח חלון להזיק לו דהא ליכא טענת הקדימה וכמו כן בשני אחים שירשו ממורישם בית וחלקו וכל אחד רוצ' לעשו' בשלו כאשר תשיג ידו בבניינו אינם יכולי' מאחר דמכח אחד הם באים

האמנם הטעם העיקרי הוא לפום ריהטא מ"ש מהר"ם שם וז"ל אמנם כו' בכל עיירות מלך ישמעאל אשר שמענו שומעם הדבר ברור דדינא דמלכותא דינא בזה שכל הארץ שלו היא ודנים בו דין חצר השותפי' יע"ש דלפי טעם זה דינא הוי אפי' דבריר לן דהב' הבא לפתוח הוא בבנין חדש אשר בנה יסודות ביתו בנקיקי הסלעים דמימי עולם לא ישב אדם שם עכ"ז דין חצר השותפים יש להם וכמו כן בשני אחים שירשו מאביהם בית וחלקו וכל א' הפלו ורצונו לבנות בנינו ולפתוח חלונו' לר"ה דמזיק לו לאחיו בראיה אין מי יאמר לו מה תעשה ולית דימחה בידיה דמי יבא אחרי המלך אהרי שכבר עשהו והדת נתונה ממנו דהוא מאריה דארעא דכל מי שהוא מאריה דביתא יבנה ביתו פתוח לרוחה ובבית ימלא אורה

ועלה על דעתי להוסיף על יסודו של הרב מהר"ם קמתי דמאחר דבעירנו קוסטא יע"א ואגפיה רובם ככולם הקרקעות והשדו' הנה הנם נהוניה נתו' המה תחת המלך ושכירו' מוקדם לכל בני מלכותו בני ברית ושאי' בן נכרי' ע"מ שיפרעו דמי שכירו' ס"מ בכל שנה והוא נקר' איג'ארי ואין לו קנין בגופו של קרקע דבתורת שכירות ירדו אבותיו ואבות אבותיו וכמו דהסברה לן הרב פ"מ ח"ב סי' כ"ט וז"ל דמיום הוסדה מלכות תוגרמ' כו' נתנו החנויו' והבתי' איג'ארי מועג'ילי כו' שככה היא הבנת תיבות הללו של איג'ארי מועג'ילי שרוצה לומר שכירות מוקדם האיג'ארי בלשון ערבי הוא שכירות נגזר מלשון אג'ר מועג'ילי הוא מוקדם נגזר מלשון עגלא שהוא מהירו' שנתן שכירות מוקדם שמיהר והקדים דמי השכירות וכיון שהקונה אותה אין לו זכות בקרקע אלא דין שוכר דאדעתא דשכירות ירד ולא בתורת מקח קבלוה בהחלט כו' יע"ש דבשביל טעם זה רבני עירינו דנו דאם הלכו בעליו לקרית חוצות ולא פרעו דמי האיג'ארי ובאו אנשי הואקו'ף והעבירו המקום ע"ש אחרים שוב אין לו זכות לבעלים הא' דלא נשתייר להם שום זכות בקרקע דע"מ כן השכירו לו מעיקרא ועיין להר' בני אברהם ח"מ סי' ס"ג וסי' ע"ל והרב תלמידו הרב פאת נגב ח"מ סי' ד' דע"ט ע"ג יע"ש

באופן דאו' יוצאה דכל בני מלכו' של מלכות תוגרמה מיום הוסדה השכיר לכל אחד ואחד מבני מלכותו נסך מה לשנה ומתחלת ירידתם של הבונים הקדמונים בתורת שכירות המה באו והמשכיר שהוא המלך הרשות נתן לכל אחד ואחד שהוא שוכר בקרקע שיבנה ביתו כאשר תשיג ידו וכמה וכמה חלונות פתוחים לאורה לאויר רשות הרבי' ולא העדיף כחו של אחד יותר מחבירו וא"כ מאין תמצא זכות לאחד מהאחר גמלא דלפום מנהגא דילן אינים לא ימחה בידיה דר' שלא יפתח חלונו במותאבה שלו וכל זה לדידי מבנה שאינה צריכה לעיקר נ"ד דמאחר דבשעת החלוקה התנו שכל א' וא' יוציא המותאב"ה שלו רחוקה כל א' מחבירו וכיון שירדו לבנו' מותאב"ה א"כ סתם מותאב"ה הוא בחלון פתוח דאי לא הו"ל לאתנויי דהמותאב"ה יהיה בלתי חלון שלא כמנהג המדינה וזה פשוט בנלע"ד כתבתי

הצעיר **אליעזר די טולידו**

סימן סט

שאלה עדת הרופ'יע אומנות סיריג'יליק רצו ויאותו לשלוח לאיש א' לא"י ובקשו מנוח ואופן לפרנס' אותו האיש ונתנו' גמר ואופן בעסק הנז' והיינו במלאכת הסיג'לקג'יליק שלא יעשו שום א' מהרופ'ט הנז' זולת הר' יוסף והר' דוד והר' שלום ג' אנשים אשר נקנו נשמות כמה יחדיו יעשו מלאכת הנז' ובע'טובת השאה הלו נתחייבו בש"ח לתת ס"מ לאותו פ' מידי שבוע בשבוע וכתוב בשטר הנז' לפנינו עדי' א"מ בא הר' שמו' ונתחיי' בש"ת שלא לעשות מלאכת הנז' כל ימי חיי הר' פ' בתנאי גמור עשוי ככל חקותיו וככל משפטיו כהוגן וכתנו"ל שהתנה הר' שמואל דכל החיוב שהוא מתחייב שלא לעשות מלאכת הנז' הוא בתנאי אם נותנים לו ג' גרוש' מידי ח"בא אותן ג' אנשים הנז' לכל ימי חיי פ' הנז' אמנם אם אינם נותנים לו הרי הוא פטיר ועטיר דע"פ חיוב הלז הוא מה שנשבע כו' עכ"ל השטר ועתה עמדו לדין יחדיו עדת הרופ'ט הנז' וכא הר' שמואל בטענה דהוא פטור מאותה שבועה ורוצה לעשות אותה מלאכה באומרו דהם לא קיימו התנאי דשלשה גרוש' לחדש מידי ח"בא ולא נתנו לו אלא מעט מזער ושבועתו לא היה אלא בתנאי גמו' כו' כנז"ל ושכנגדם טוענים דיפרעו לפ' שמואל כל זכותו ולא יתעסק במלאכת הנז' ועמדו לדין יחדיו למשפט נקרבו

תשובה יש להסתפק לכאורה בהאי לישנא דשטרא המובא בשאלה תרתי חדא דלא הוי תנאי קוד' למעש' דקה"ו"ל להתנו' אם יתנו לו ג' גרוש' כו' לא יעשה מלאכת הנז' וזה לא התנה כך אלא שנתחייב שלא לעשות מלאכת הנז' אם נותנים לו ג' גרוש' ועוד שנית דבחלוק' הלזו כך הו"ל להתנות ואם אינם נותנים לו הג' גרוש' מידי ח"בא או הוא פטיר דמשמעות לישנא דאם אינם נותנין לו הרי הוא פטיר

פטיר משמע היכא דאין כאן נתינת כלל גרם שיכא דעכשיו או לאחר זמן מקיימין תלות נתינה אף דהנתינה לא היה מידי ה"בא אריא דשבועת' רביע עליה ומחלוקת הבין משמע דכונת התנאי הוא תרתי האחד כך הג' גרוש' לחדש והב' דהנתינה יהיה מיד ח"בא ולא יעבור מזמן המוגבל והנה לריעותא הראשונה דלא הוי תנאי קודם למעשה וכיון דכן דינא' הוא דתנאי בטל ומעשה קיים. ונמצא דאף דאין נותני' לו כלל מתחייב לעמוד ולקיים שבועתו שלא לעשות מלאכת הנו' הנה לזה יש להשיב ולומר דכיון דכתוב בשטר דנא דתנאי הלז נעשה ככל חקותיו וככל משפטיו וכתהז"ל ואחד ממשפטי התנאים הוא תנאי קודם למעשה וכיון דהעדים מעידים דנעשה תנאי זה כדין אם כן אפשר דהאי ליסנא

דשהדי הוא ולא נחתי העדי' בלשונם למימרינהו כדאוי לפום דינא מאחר דהם עצמם מאי דשמעו מפי המתנ' דהיה ככל משפטיו כבר העידו ותו לא דייקי וכן ראיתי להר' פמ"א ח"ב סי' ע' די"ט ע"ג וע"ד דנ"ד לא היה תנאי קודם למעשה וכתב אילו הוה כתוב בשטר כחומר כל תנאים וכתהז"ל וכו' הנה דהעדים העידו בסיכור דבריהם איפכא איכא למימר דלא נחתי העדים מתחילה לומר אלא לומר הענין בכלל אבל לבסוף העידו על פרטי הענין דנעשה כדין וכו' יע"ש הנה ילפינן מדברי הר' ז"ל דאף בליסנא דאמר במתנה הכתוב בשטר אמר לנו הוו עלי עדים וכו' איך נתתי שדה פלוני דתנאי וכו' דלא הוי תנאי קודם למעשה עכ"ז היכא דכתוב בשטרא דנעשה כחומר כל התנאים וכתהז"ל אמרינן דנעשה ככל משפטי התנאים הגם דהלשון של תנאי כתוב שלא כדין עכ"ז הך ליסנא דהומר וכו' וכתהז"ל מתקנו א"כ כ"ש היכא דליסנא הכתוב בשטרא הוא ליסנא דשהדי ואינו לשון הנותן

ואיברא דיש לעמוד בדברי הר' פמ"א במאי דלמד מאותה שכתב המרדכי משם רבינו ברוך ז"ל על שטר שלא היה כתוב בו דהקנה הקרקע לפירו' אלא כתוב בו שנתנו לו כח ליקח הפירו' של הקרקע השיב רבינו ברוך ז"ל דמהני מאחר שכתוב בשטר המתנה וקבלו עליהם כו' ככל תנאי ק"פ העשוי' כתהז"ל נמצא דמשהדי שהדי דנעשה כתהז"ל וזו ריא תיקון חז"ל להקנות הקרקע לפירו' ע"כ ומינה יליף הר' פמ"א לנ"ד דאעפ"י שלמעלה פירשו דבריהם דלא היה תנאי קודם למעשה מ"מ מכל התחתון שהעידו העדים דנעשה כתהז"ל מתקן הענין עכ"ל והרואה יראה דאי מהא תברא אחר המחילה דהתם בדינא דר"ב אין כאן העדאת עדים דמשהדי שהדי בלישנם דלא היה הקנאה קרקע לפירות אלא כתוב בשטר דנתנו לו כח ליקח הפירות ובהאי ליסנא כולהו משמע או שההקנאה היתה ק"פ בלתי הקנאת קרקע או אפשר דמ"ש דנתנו כח ליקח פירות ר"ל שהקנה לו הקרקע לפירות ולזה השיב ר"ב ז"ל דהלשון הכתוב דנעשה כתהז"ל מתקן מאחר דהעדים מעידים דנעשה כדין והכוונה אמנם היכא דאיכא העדאת עדים בלישנייהו דבר שלא כהלכה וכתבו דנעשה כתהז"ל וכנדון הר' ז"ל דמתחילה העידו דלא היה תנאי קודם מעשה א"כ איך ליסנא דכתהז"ל מתקן הענין הנעשה שלא כהלכ'

ועוד יש לדקדק על הר' פמ"א ז"ל דמאחר דהר' ז"ל בא לאפוקי נפשיה מפלוגתא ולאתויי י"א סברת הרא"ש ודעימיה דסברי דאף בממון בעינן משפטי התנאים א"כ היכי נחא דעתיה בסברא הלזו דר"ב דהא כתב מהרשד"ם ח"מ סי' רע"א על סברה הלזו דרבינו ברוך ז"ל וז"ל ומאן לימא לן דראוי לפסוק הלכה כר"ב למעשה ובפרט היות הדבר שלא הביאוהו הפוסקים ז"ל ועוד דרבינו שמחה ז"ל לאו קטיל קני באגמא הוא יע"ש הנך רואה דפשיט ליה למהרשד"ם דלא מפקינן מיד המוחזק מאחר דאין ס' ר"ב מוסכמת ועוד דראיתי להר' פמ"א עצמו שם סי' ל"א דהביא סברא הלזו דמהרשד"ם לסייעתיה דמצי המוחזק לומר קי"ל ויעויין ג"כ בח"א להר' ז"ל דכ"ח גם הר' כנה"ג סי' רי"ב הגהת הטור אות י' כתב משם מהר"ע יהושע ז"ל שכתב כיון דאיכא פלוגתא אי מהני ליסנא כהומר וכתהז"ל להשלים הענין הצריך לפום דינא המע"ה יע"ש ועיין בתשו' הר' כנה"ג ז"ל ח"א סי' קס"ד דקל"ו ע"ג מש"כ בזה

ואיברא דהשתא דאתינן להכי א"כ לעיקר נדון דידן שכתבנו דהריעותא ראשונה הוא דלא הוי תנאי קודם מעשה וא"כ הוי תנאי בטל ומעשה קיים ומחייב שלא לעשות מלאכת הנו' מעתה שפיר מצינן לומר דאין שום ס' שבועה מאחר דאיכא למימר דהוי ס"ס ס' אי הלכה כמ"ד דלא בעינן שום אחד ממשפטי התנאים בממון לדידהו אין כאן גרעון משום דלא היה תנאי קודם למעשה ואת"ל דהלכתא כמ"ד דבעינן אף בממונא משפטי התנאים דילמא הלכתא כמ"ד דכל דהעדים מעידים דנעשה הענין כחומר וכתהז"ל ככל דיני ומשפטי התנאים האי ליסנא מתקן ומשלים הענין הגם דהלשון הוי איפכא וכ"ש בנ"ד דלאו ליסנא דמתנה הוא אלא ליסנא דשהדי הוא ואיכא למימר דלא נחתי העדים לדייק בליסנא דידהו ומהפך הוא ס' אי הלכה כמ"ד דהאי ליסנא דנעשה ככל דיני ומשפטי התנאים מתקן ומשלים הלשון ואת"ל דלא מתקן ומשלי' הלשון מ"מ דילמא הלכה כמ"ד דאעיקרא לא בעינן משפטי התנאים בממון ומעתה אין כאן תברא ולגרוע כהו של הר' שמואל הבא בשאלה מכח ריעותא הנז' שכתבנו וכאמור

ודרך אגב ראיתי להר' יד אהרן אה"ע סי' ל"א הגה"ט אות י' דהביא תשו' הרשב"ש דסי' קפ"ו דהשי' על גט דנמסר ע"ת פ' ולא כפל התנאי והעידו העדים דשטר תנאי זה שריר וכו' כשאר תנאים הראוים והרי הוא כתנאי בנו"ר ועל תנאי זה מסר הר' פלוני לאשתו גט וכו' עכ"ז התנאי בטל ולא מהני מאי דאמרי העדים דהרי הוא בתנאי ב"ג וכו' מאחר דאנן בדידן ראה ראינו שאין זה בתנאים דומה למ"ש הרא"ש בתשו' על שטר דיש בו אסמכתא וכתבו העדים דלא כאסמכתא דלא מהני כיון דאנו רואים שיש בו אסמכתא עכ"ל ותמה עליו הר' יד אהרן דאשתמיט מיניה דברי הגהות מיימו' דכתבו דאם המתנה אמר דתנאי זה יהיה כתנאי ב"ג וכו' ולא כפל תנאו דמועיל הכף ס' הרשב"ש יע"ש ואני אומר דלא נגע ולא פגע דברי הרשב"ש עם דברי הגהות מימו' דאה"נ דאימא דמודה הרשב"ש דאם אמר יאמר שמתנה

המתנ' ושיי' תנאו דזה יהיה בתנאי ב"ג הרי"ו חשיב שפיר כאילו כפליה אמנם היכא דהעדים כתבו בשטר דברי המתנה כנלוהרשב"ש וכה אמר לפנינו כו' והוא בלתי כפול דאמירת המתנה היתה בלתי הורת הכפל ובלתי אמיר' דיהיה זה כתנאי בגו"ר א"כ מה הועיל אמירת העדים לשטר זה יהיה כחומר וכו' והרי הוא כתנאי ב"ג וכו' מאחר דאנו רואים דאינו כתנאי ב"ג וכו' והרי זה דמיא לאסמכתא דלא הועיל אמירת העדים דכתבי בשטרא דלא כאסמכתא ומה שהלם להוכיח וכת' ודאיה ממ"ש הרא"ש כלל ע"ב דאם היה כתוב בשטר והתנאים הללו נעשו כדין תנאים וכו' או כתנאי ב"ג או התנאי קיים ומוכרח דמ"ש הרא"ש דאם כתוב דלא כאסמכתא וכו' יע"ש וכפי מ"ש אין הוכחה להאי דינא של הרשב"ש דבליסנא דסהדי המעדים כה"ג דראובן דנתן מתנה לשמעון בתנאי פלוני וכתבו דנעשה התנאי כתנאי ב"ג וכו' ודאי דמהני והיינו תשו' הרא"ש דאין בדברי העדים המעידים דנעש' כדין משפטי התנאין הפך ממ"ש בשטר והמעיין בדברי הרא"ש יראה דהאי ליסנא דתנאי ב"ג קאי לתנאי קודם למעשה וכן קודם ללאו תנאי כפול דכך כתב וז"ל ואם היה שם תנאי קודם וכו' כגון וכו' או אם היה כתוב בשטר שמתנה כתנאי ב"ג התנאי קיים עכ"ל ומוכרח דהן דברי העדים דמעידים דמתנה הלז נעשה כדין דבליסנא דמתנה לא מהני אלא לחלוקת הכפל כמ"ש האחרונים ז"ל והשתא דאתינן להכי מ"ש מור"ם בס' ד"מ והר' יד אהרן ז"ל דמתשו' הרא"ש ריש כלל פ"א ופסקו רבנו הטור ח"מ סי' רמ"א מתברר דהכי ליה להרא"ש מאי דלא פסיקא ליה להגהות מימו' יע"ש הרואה יראה ליסנא דהרא"ש שכתב וז"ל יש לדקדק בשטר זה אם כתוב בו תנאי כפול או כתוב בסוף השטר וקנינא כחומר כו' עכ"ל א"כ אין הוכחה דאמירת המתנה האומר דיהיה זה כתנאי ב"ג ובנ"ר דמהני תמורת הכפל אלא הרא"ש בליסנא דסהדי קא מיירי

הכלל העולה מכל מ"ש דהיכא דהמתנה ביטא בשפתיו דתנאי זה יהיה כתנאי ב"ג האי דיבורא אהניא ליה לחלוק' הכפל דוקא וכמ"ש הר' יד אהרן משם גדולי האחרונים ז"ל ואם המתנה התנה מעשה קודם לתנאי ואמר דתנאי זה יהיה כתנאי ב"ג ובנ"ר או לא מהני דאהר דאנן בדידן עינינו הרוא' דלא הוי כתנאי ב"ג ובנ"ר ואם המתנה לא ביטא בשפתיו כלום אלא העדים מעדים דנעשה כחומר וכו' וכמשפטי התנאים וכתוב בשטר דכה אמר לנו כו' ואנו רואים דברי המתנה שלא כמשפטי התנאים דעת הרשב"ש ז"ל דלא מהני אמירת העדים דאמרו דנעשה כמשפטי התנאים ודעת הר' פמ"א דמהני דאמרינן דלא נחתו העדים אלא להעיד כללות הענין ועי' להר' מהרשד"ם ח"מ סי' רס"ב דמשמעות דבריו הוא דבקבלה דעלמא המקבל דהענין יהיה כתחז"ל מהני כאילו נעשה כתחז"ל ועי' בס' הכ"מ חק"ל א"ה סי' ל' דס"ב דנסא ונהן הר' בזה יע"ש והיכא דלא כתבי העדים בשטר לשון המתנה אלא ליסנא דידהו בזה באנו למחלו' ר"ש ור"ב הנז"ל וכבר כתבנו דגדולי אחרו' חלקו בזה ועל המקבל מתנה הבא לבטליה עליו הראיה דנעשה כתחז"ל לפום דינא וכבר ראיתי בתשו' מהרשד"ם ח"מ סי' ש"ט וז"ל ואעפ"י שכתבו העדים שעידו דנעשה הסטר בכל חיזוקי סופר מי יתן ויודיעו לי אלו העדים מהו חיזוקי סופר ומילתא דהרבה מן המבינים אינם יודעים איך ידעו הם יע"ש ועי' להר' ק"ה סי' שכתב דדברי מהרשד"ם הללו יש להם סמך מדברי התלמוד גבי הביא אודיתא יע"ש ועי' להר' פ"מ ח"ב סי' י"ד וח"א סי' ס"ו ולהר' פמ"א ח"ב סי' ט' וזרע אברהם ח"מ סי' ו' תורת חסד סי' רל"ו דחולק יע"ש וע' להר' דברי אמת בזכרונותיו כת"י אות סטר יע"ש ויש לעמוד על ענין הלז יותר דאין הפנאי מסכים ואיך שיהיה לעיקר נ"ד כבר נילתא אמורה דאין בו כל איסורא לריעותא ראשונה

ומעתה נחנה ראש ונשובה למה שאילדנו למעלה לריעותא שניה דחלוקת הלאו סותר חלוקת הדין לפום משמעותיה לאורה ולדידי נראה ללמוד מדברי הגאות דהביא מרן ב"י סי' מ"ב סע"ח וז"ל דהא דקי"ל דהכל הולך אחר התחתון היינו היכא דאי אפשר לקיים ב' הלשונות שלא יהיו סותרי' זה את זה אבל היכא דאפשר לקיימן אפי' היכא דהשתי הלשונות מרוחקים זה מזה מקיימין אותם וכ"ש היכא דסמיכי אהדדי דלאו אורחא הוא לסתור דבריו תכ"ד יע"ש א"כ ילפינן מהכא דכך היא המידה דלאו הורחא דאינשי לחזור בו לסתור דבריו תוך כדי דיבור וכל דאפשר לקיים את שניהם מקיימים אפי' באנפי דחיקי כמ"ש הסמ"ע ועי' להש"ך שם ומינה לנ"ד דשפיר יש לפרש לשון אבל אם אינם נותנים וכו' היינו על אופן האמור בחלוקת הדין וכבר כתב מהר"י קולון שורש יו"ד סוף תחו' ה' דכל היכא דאיתיה תחת האפשרות ולומר דקיצר המתנה בלשונו ולא חש עצמו להאריך אלא סמך על משמעות דבריו דהזכיר למעלה אמרינן ועי' להגו"ר ח"מ כלל ג' סי' ל"ו ול"ח יע"ש וליכא למימר דלא נאמר האי דינא אלא לענין ממונא ברם לא לענין שבועה ונימא דהוי ס' וס' שבועה לחומרא

ע"כ נמלא וחע"ד

סימן ע

שאלה עמדו לדינמע' הגבירים דייני ומורשי הזמן עם מע' הח"בם נר"ו על דבר מע' המנוח מ"ך אהיו של מע' ההה"ש נר"ו דהניח בן קטן יונק משדי אמו יורש נחלתו ובאו בטענה דייני ומורשי הזמן שיפרע מע' החס"ש מהוא המשגיח בנכסי עזבון של מר אחיו מ"ך הוב העיר מאחר דלא שניה המנוח מ"ך בן ממלא מקומו דכך בא במכתב בפתקא דבי דינא מרבנן תקיפי ארעא אלקם בחיים בשנת התקכ"ו דאיש כי ימות ובן אין לו ממלא מקו' אבותיו בכרעון ערכו לפי ראות עיני רוב זקני וטובי העיר ורבני מתא שבכל דור ודור אשר יאתרו כי אינו ראוי קהת אביו החיוב מוטל על נכסי המת ליפרע מהם חלק ההוצות כאשר יושת עליו באין אומר ואין דברים ואחר הפרעון יזכה בנחלתו וכו' מבלתי יכולת לפטור עצמם בשום טענה גדולה וקטנה וכו' והנה אנהנו גוזרים בכל אלות הברית ובחוקף כל ההסכמות שלא לשנו' דבר מכל האמור בענין אולי יתעצמו האלהי' לבקל מעלינו כף החובה מכרעת הסך הגדול הוה

כי

כי כשל כח הסבל ולפחות שלא יוסיף ח"ו וכו' ולמכתב לחוקיהו באנו על האחו' בקושטא יע"א א' כסליו דהאי שתא ופן יסורו מלבבך כל ימי חייך והודעתם לבניך ולבני בניך לפ"ק כו' הצעיר שלמה אלפאנדרי שלמה קמחי, רפאל יצחק ירושלמי, עכ"ל ההסכמה בקיצור נמרץ אשר מה"ט קובלי' ומתרעמים מע' דייני ומורשי הזמן מאת מע' הח' הש' נר"ו דמאחר דלשון ההסכמה קורא בגרון דכל דליכא בן ממלא מקום אבותיו נפרעי' כולל עירינו יע"א ראשית בכורי כל חוב העיר וא"כ יזכה הבן בנחלתו א"כ למה ידו אוחזת בעכ"ב בנכסי המורים מ"ך שלא לפרוע החיוב המוטל על הנכסים דאינון ערבין ביה דכדלכון ההסכמה ישנה דהעתיקו הרבנים ז"ל הנז' מאת הרבנים הקדמונים ז"ל דעל דנא פתגם קרבו משפטן קמי רבנן תקיפי ארעא חלקם בחיים וענו אותם דבר כי שורת הדין מחייבת כי נכסוהי דבר אינש משתעבדי וקיימי לפרעון החובו' כו' ומע' הח"ש טעונכנדם דכל לגבי דידיה ההסכמה אינה אלא כשהבן הוא גדול בשנים ואינו ממ"מ אבותיו מחמת דלאו בר הכי הוא למיעל ולמיפק בנכסי מורישו האמנם כשהבן הוא קטן ויש לו אפוט' ומשגיח על כל נכסי עזבון מורישו זה לא בא בהסכמ' וטעמא טעים שכל כונתם של הרבנים אינו אלא מסיבת כי כשהבן אינו ממלא מקומו מחמ' שאינו בקי בטיב משא ומתן הנכסים מתמוטטים והולכים ופוחתים אבל כשהבן קטן ומתנהג ע"י אפוט' אינם באים הנכסים לידי פיזור ועל טענה הלזו השיבו מע' דייני ומורשי הזמן אף דלו יהי כדבריו של מע' הח"ש נר"ו מה שאין האמת כנה תינח עד שיגדי' שבנגרם לכשיגדי' דבאים נכסי מורישו בידו הנכסים מתמוטטים ע"י בזבוז ופיזור ועוד השיבו מע' הדיינים ה"י דלשון שבהסכמה בן ממלא מקום אבותיו הוא לשון כולל בין קטן בשנים ובין גדול בשנים וכונתם ז"ל להוסיף שגם דהוא גדול בשנים עכ"ז החיוב במקומו עומד ולא נסתלק וזכותם של הכולל ע"כ הגיעו טענותיהם וערעוריה' של מע' דייני ומורשי הזמן עם מע' הח"ש אפוט' נר"ו לפנינו ב"ד

תשובה באתי בקצרה כותה על הגאלים יען וביען דיהודה וישראל ידעי העול לגודל הכבד המוטל עלי וצירותה ואון שומעת וגדולה ראיה ועוד אחרת גדולה דידו אוחזת בעכב מארי דעלמא ב"ה וב"ש דעלת ישראל רעבים גם צמאים ולרב דעניותא קא רדיף אבתרייהו מה נדבר ומה נצטדק האלהים מצא בס' הזכרונות חטאת ישר' כתובה בעט ברזל ודן דין אמת לאמיתו יצא עניות' לישראל כו' אשר מה"ט אבא בקצרה וזה החלי, דהנה יש לדעת בהאי לישנא הכתוב בהסכמה דהשיבו רבני הקדמונים ז"ל וענו אותם דבר כי שורת הדין מחייב' כי נכסוהי דבר אינש הנה הנם משתעבדי וקיימי לפרעון החובות כו' אי כונתם ז"ל דמדין תורה הוא ולא מן התקנה והסכמה הוא מטעם דכבר נתחייב האיש ההוא בחיים היותו מעת שהעריכו אותו עד הוא קבלת שני העריכה בכל ההטלו' שיטילו הציבור כפי ההוצאות שהוצרכו להוציא או שיצטרכו משנה ראשונה עד סוף ד' שנים שהוא סוף זמן קבלת העריכה ואף אם מת בשנה ראשונה תכף ומיד

לערי' שהטילו מחדש חל עליו לפרוע ולשלם בשלימו' והילך לישנא של המהרימ"ט ח"מ סי' ז"ן אבל אם מת בתוך זמן העריכה דבר זה פשוט שנפרעין מיורשיו כל מה שנוגע לו עד סוף הזמן כו' שהחיוב עליו כשאר ב"ח ונפרעין מנכסיו לאחר מותו כדין כל מלוה בתוך זמנו דנפרעים אפי' מיתומים קטנים ואפי' אם יהיו יורשי נחלתו ח"ח דפטורים ממס עכ"ז גובין מהם כדין פרעון חובת אביהם כו' אבל במקו' שאין מנהג זה אלא נפרעים מיורשיו מאלמנתו עד זמן העריכה מדין שיעבוד נכסים גם מבנים אלו שאינם בכלל ערכי' נפרעי' מהם חובת אביהם מן הדין ומה גם לפי התקנה וההסכמה הידועה והקדומ' שיתפרעו מיורשיו עד תשלו' העריכה עכ"ד מתברר מדברי הרב ז"ל דמה שנפרעין מהיתומים אפי' קטנים לא מטעם תקנה והסכמה בלבד אלא גם מן הדין מטע' שעבודא דנכסים דנשתעבדו נכסיו של שמורים בעודו בחיים לכל ההוצאות והפיזורים שיצטרכו טובי העיר ופרנסיה ומנהגיה והגם דמת בתוך זמנו של ד' שנים הגם דעדין לא באו ההוצאות והפיזורים אלא עתידי' להתחדש בכל שנה ושנה וא"כ אם באנו לידי מידי' זו דמן הדין כבר בא חיוב פרעון חוב העיר בשעת פטירתו והאפוטרו' בא בטענה להפך בזכותם של היתומים לתועלת היתום הוא אם אינו פורע חוב העיר עתה מניח שיעור המעות של חוב העי' לריוח היום ומן ריוח המעות פור' בכל שנה ושנה חוב המס ועל זה צווחו ככרוכיא דייני ומורשי הזמן כי אותה הם מבקשים לקבל חוב העיר בשלימות כדי לצאת י"ח מבעלי החוב דיש להם ממון בכולל עירנו יע"א לריוח היום והנה הנם צועקים דכבר עברו זמן וזמנים והנה הנם רוצים לקבל קרנם ומאחר דלפום דינא כבר בא פרעון חוב העיר מכח שעבוד נכסיו דנשתעבד בזמן העריכה ומחוייב לשלם כי כשורא לגלמי כדין שאר חובותיו כי על ידי זה נקל

מעל כולל יע"א עול החובות וכמו שבא בשאלה דכתבו הרבנים אולי יתעשת האלהי' לנו להקל מעלי' כף חובה מכרעת הסך הגדול הזה כי כשל כח הסבל עכ"ל ואם בזמנם המה ראו כן תמהו וחשכו עיניהם מראות ברע איך ולמה עלה החוב של עירינו יע"א בסך כזה אנן מה נענה ומה נאמר דהא שתא הכא עלה החוב העיר ליותר ויותר תשע מאות אלפים דבר שלא ישוער בשכל האנושי והצעקה גדולה ומרה של האלמנות והיתומים לפקוד על פתחי השרים והסגנים וגם על פתחי שערים המצויינים בהלכה דע"מ וע"מ ידם אוחזת בעכ"ב לפחות חובות הפירות ובעוונות יעוללים שאלו לחם ופורש אין להם ומעלת הדייני' המה בוכים כנגדם לשמוע לצעקתם ואין ידם משגת לתת להם די מחסור' אפי' לפת חריבה מסיבת דהשתרגו חובות העיר מכח רבוי ההוצאות אשר לא ימד ולא יספר וכ"ש וק"ו לגוונ' דנ"ד דהיא היא שנת הרביעית דכבר נשלם זמן קבלת העריכה דנמל' דכבר בא זמן פרעון החובות כשאר בע"ח דכבר בא זמן החוב

וכ"ת הא תינח לחובת הכולל דשמי בידייהו של בעלים לתבוע קרנם גרם לחובו' דלא שמי בידייהו לתבוע קרנם אלא מעיקרא בשעת קבלתם של כולל עירנו יע"א התנו דהני מעו' לתבועין ניתנו

ניחנו עוד כל ימי על הארץ ואינם חייבים הכולל לפרוע אלא פירי דוקא האמנם במות האדם נפרעים מיורשיו אף חובות דלא ניחנו לפרוע קרנן דכך היא בהסכמה ותקנה קדומה מימות עולם דורות הראשונים וא"כ אינו אלא מן התקנה ולא לפום דינא וא"כ אם באנו לידי מידה זו דחיובם של היתומי' אינו אלא מכח תקנת חכמי' הרי כבר מלינו להרב מהר"ם ג"ב ז"ל בקונטרוס סימן כ"ג הביאו דבריו רבני האחרוני' דכללא כייל לן דכל מילי דהוו תקנה דרבנן לא הוו תקנתייהו לגבי יתמי להרע להם וזה מוכח מדאמרי' פ' הניזקין גבי מגילה יתומי' הרי הם כהקדש כו' אשר מטעם זה הוציא דין אמת לאמיתו הר' עדות ביעקב סי' ע"א בדין תודעת ומן השכירו' בר"שהשכי' בית לשמעון ומת השוכר דשפיר כביר כח ידם של היתומי' לבא בטענה דאין אנו רוצי' לדור בה מאחר שהתקנה היא להרע להם לא תקין להו רבנן תקנת' כו' יעו"ש ומעתה אף אנן נמי אין בנו כח להוציא מיד האפוט' חוב העיר מאחר דהאפוטרו' גברא מהימנא ואין הם בטענה מאחר דממון היתו' בידם ואינם מתנהגים אלא ע"פ דעתם של אפוטרו' א"כ אין הממון בא לידי פיזור ותקנתם של הרבני' הקדמוני' לא היתה אלא כשהבן אינו ממלא מקום אבותיו דהיינו דכבר נתגדל דאז אינו מתנהג על פי אפוטרו' אזי איכא למיחש וקרוב לודאי דהממון מתמעט והולך מזמן לזמן

הרואה ירא' דהא לא מכרעא דמה דמות יערוך בדבר שאיכא שעבוד נכסי' מחיי המורים לדבר דליכא שעבוד נכסי' מחיי המורים דהא התם טעמא הוי מאחר דהשוכר לא נשתעבד בקנין בשעת השכירות מש"ה דיינינן דאין היתומי' מחוייבים לדור שם ולפרוע ממון השכירות מאחר דהחיוב שהיה אפי' לשוכר עצמו אינו אלא מכח תקנה דהשכירות היה בסתם ולא קבע זמן ומש"ה ליתא להך תקנתא לגבי יתמי בהוא חוב להם ורע להם האמנם היכא דבחיי מורישם היה שעבוד נכסים כגון דהשכירו לזמן ומת תוך זמן כבר כתב הר' עדות ביעקב שם דהיכא דר' השכירה הבית לזמן ומת תוך הזמן חייבים יורשיו לשלם כדרך שחייבים לשלם כל חוב אביהם יעו"ש ומינה לגבי מסים דהוו כל פורעי המס כשותפין דשנתתפו דכל א' ואחד נשתעבד גופו וממונו לחברו לכל זמן השות' אשר מה"ט אסברא לן הרב מהרימ"ט דהגם דמת המוריש תוך זמן העריכה נחתינן לנכסי המת וגובין אפילו מיתומים קטנים דהוי תוך זמנו מכח הדין ולא מן התקנה וההסכמה כו' וכאמור לעיל הגם דעדין לא הגיע זמן חיוב פרעון החובות ומאוסר גוביינא עכ"ז חייבים היתומים לפרוע חוב העיר והוי טעמא משום דכך היתה חברת השותפו' משעת שנקבצו ונועדו יחד פורעי המס לקבל עליהם הסך שעלו ביניהם פ' סך מה ופ' סך מה הו"ל כאלו הקנו כל א' וא' גופו וממונו לכל העשהקהל בקנין סודר בכתחו"ל לכל ההוצאות והכרעונות דיש לחלק בין חובות דכבר באו זמנם לגבות ובין חובות דעדין לא הגיע זמנם לגבותם ובין חובות דיש להם זמן לגבות קרנא ופירי ובין חובות דאינם נגבים קרנא אלא פירי עכ"ז נשתעבדו כל א' וא' לשלם נתיעבא בשלימות ממנו ומיורשיו אפי' מיתומים קטנים ולא מטעם תקנה והסכמה בלבד אלא לפום שורת הדין דהא נשתעבדו גופם ונכסיהם והגם דבשעת שעבודם זה לזה לא היתה שום ק"ס ביניהם הא ספרין פתיחו דכל מילא' דצבורא דרבים לא בעי שום קנין ושום קשר כמו דבעינן בין אדם לחבירו אלא אלימא מילתא דצבורא ומן הדין איכא שעבוד אשר מה"ט מה נמלכו הכתב והמכתב אשר באו בפתקא דבי דינא דהעתיקו רבנן בתראי ז"ל מהסכמה הישנה מהרבנים הקדמונים כי הא ליתנא כי שורת הדין מהיינא כי נכסוהי דבר אינים אינון משתעבדי וקיימי לפרעון החובות עכ"ל ההסכמה כמשפט הלשון תורה ובא כולל כל חובות הכולל בין החובות דאיכא פרעון קרנא ופירי ובין החובות דליכא קרנא דמעיקרא לתנ'ועין ניתנו והכולל מחייבי בכל שנה ושנה לפרוע הפירות האמנם אים כי ימות נפרעין מיורשיו גם הקרן של אותם המעו' שלא ניתנו לגבות דהכי פירשו דבריהם מעיק' בשעת קיבוצם של צבור דכל אחד ואחד משעבד נכסיו וכל מידי דאקרי נכסי לפרעון כל חובות העיר והגם דלא ביטו בשפתותיהם כל ההוצאות הכולל לא בכלל ולא בפרט אין בכך כלום דע"ז נאמר סתמא כפי' דומה ממש לנערך דבעני נחוך ומן הערכה דנפרעין ממנו אפי' מגלימא דאכתפיה מטעם דכבר נשתעבד ממונו בעידן חיובא דהעמיסו עליו המס אף דלא פירשו לו דהאי חיובא דקביל עליו הוא לגמרי אפי' אם העני עכ"ז חיובא רמיא עליו ולא צריך לפרושי ומינה נמי בפרעון חובות של הכולל ׃

ועוד על דעתי למיהב טעמא על מילתא כדנא דאמרינן דמעיקרא נחתי כל פורעי המס לשעבודי נכסייהו אף על החובות כולם בין דאית להו קרנא בין דלית להו קרנא הוי טעמא משום דע"י זה נקל מעליהן החובות דאית בהו פרעון קרנא ופירי דפורעין דייני ומורשי הזמן לבעלי חוב דבאו זמנן ואית להו תועלת גדול לכולל עירינו יע"א דמתמוטט והולך שעבודם של המלוי' אשר ידם אוחזת בדוחקא דציבורא ור' פורע היום חוב העיר וש' פורע למחר וכן ע"ז הדרך יהיה תחת האפשר דרוב פורעי המס נסקרין בסקירה אחת והוי תועלת לפורעי המס עצמן אשר מטעם זה שעבודי משעבדי עצמן מעיקרא ומשעבדין ממונם לפרוע חוב העיר בשלימו' ושלא לחלק ביניהם

וראיתי לגדול שבדורינו הרב הגדו' מה"ן בס' ידש"מ ח"מ סי' ע"ו דכתב וז"ל שהרי משורת הדין מי שמת והניח בן או יורש שאי' בן לא יפרעו אלא העריכה כשאר פורעי המס שהרי שותפי' הם בזה החוב כו' ומאחר דהנכסים אינון ערבין בחוב זה וכשהמוריש לא הניח בן אלא יורשים מלוי הוא דאינון נשארים בעסק מורישם ונאבד הממון ומגיע הפסד לכוללות העיר יע"א אבל בבן ואפי' הם רבים משמחא הם נשארים בעסק אביהם והוו ממלא מקום כו' והניחוהו למה שהוא שורת הדין וכן אם

קטן

הוא בן קטן נכנס האפוטרופוס במקומו
ואינו פורע אלא המס וגם אם הבן אינו
ממלא כו' יע"ש ולפום ריהטא מ"ש למעלה משם
הרב מהרימ"ט דמצד הדין נערך דמה בתוך
זמן העריכה נפרעים כל מה שנוגע לו ע"ש ומן
העריכה כדין כל מלוה ואפי' מיתומים קטנים כיון
דהוי גו ומניה כו' ומה גם לפי התקנה והסכמה
הקדומה שנפרעין מיורשיו עד תשלום זמן העריכה
יע"ש הוי ואיון ונחיה לכאורה דהרב ז"ל סובר דמשור'
הדין לא יפרעו אלא העריכה כשאר פורעי המס
מאחר דהכא שותפים כו' ולפי דעת הרב מהרימ"ט
מצד הדין פורעי המס פורעין כל מה שנוגע להוצאו'
של שנה ושנה דוקא ברם מן היתומים נפרעים כל
ההוצאות המצטרכות עד סוף זמן קצבת העריכה
והגם דאית להו ליתומים אפוטרו' כנהוג וכאמו"ל
עכ"ז לא משגחינן בטענתייהו של האפוט' לו' מאחר
דהנכסים אינם בידיהו של היתומים א"כ אין לאוביא
מיהוא לפסידה והו"ל כמי שלא מחו מוריסם דהוו
פורעי' דבר הצריך להוצאות השנה דוקא מכו דמעיקר'
נהוי לשעבודי נכסייהו אדעתא דהכי וכמו שכתבתי
לעיל ואם כונת הרב ז"ל הוא על חובות
ההקדשות דמעיקרא לחבוציוניהו לזה כתב הרב ז"ל
דמדין תקנה נגעו בה לפרוע חוב העיר אף בחובה
הכל לעולם בשאר חובות העיר נפרעים מצד הדין מן
היורשים ומן היתומים כדין מלוה היך ומנו הגם
דשאר פורעי המס לא פרעי אלא דוקא חוב שנה אחת
הרו' יראה משפט לשונו של הרב ז"ל שכת' לא יפרעו
העריכ' אלא כשאר פורעי המס כו' נכנס האפו' במקו'
ואינו פורע אלא המס עכ"ל מוכח דנסקיר' אחת
קיימי שאפוטרו' עם שאר פורעי המס וכשם ששאר
פורעי המס לא פרעי שום חוב העיר אלא דוקא חוב
שנה אחת הה האפוטרו' במקו' של המוריש קאי ואינו
פורע אלא המס של חוב שנה אחת ועוד כבר כתבנו
דלדידיה חזי לי דמשורת הדין אף בחובות
ההקדשות וכדומה דלחבוצין ניתנו נפרעים מן
היורשי' מאחר דמעיקר' נהתי כל פורעי המס לשעבו'
נכסייהו אף על חובות ההקדשות וכדומה וכטעמא
דכתיבנא לעיל

ואיברא דאפ' לצדד בדברי הר' מהרימ"ט דאין
כונתו דנפרעים כל מה שנוגע לו ע"ש ומן
תכף ומיד בהעדרו של המוריש אלא בנפרעי' מנכסיו
כו' ע"ש ומן העריכה ואפשר דמה שנפרעים מנכסיו
מן היתומים הקטנים ע"ש ומן העריכה היינו חובו'
של כל שנה ושנה כפרעון המוריש אילו היה קיים
והיינו דאפוט' פורע ובא חוב השנה כשאר פורעי
המס וכמ"ש הרב ידס"מ דאין לחלק בין כשהמוריש
חי דאין נפרעים ממנו אלא חובות דהגיעו זמנם
ליפרע דוקא. יעויין בתשו' גדולי האחרונים רמוס הרב
כנה"ג סי' קס"ג הג"הט אות ס"ו יע"ש להיכא דאין
המוריש חי דאפוט' הוא נינהו במקום המוריש ולא
הייסי' במה מאחר דאין בעל הממון מתעסק ונושא
ונותן בממונו מתמוטט והולך ועד דגדלי יתמי ישנו
תחת האפשר לא תשאר למחלה כו' באשר גדולה
ראיה דעינינו רואות דנכסי יתמי אזלי ונתגלגלי
בגם דאיכא משגחים בנכסייהו דאפוט' דידהו עין

השגחתם עלייהו מ"מ ליתיה באפשרי השגחתייהו כמו
בעל דבר עצמו בנכסיו מאחר דאפוט' אינון אזלי
ליתן השגחתם על נכסי דידהו דהייך קודמין כו' אשר
מה"ט נוהו כהרוכיא הרבנים הקדמונים זלה"ה
אשר באו במכתב הנז"ל דכל במת אחד מפורעי המס
ולא הניח בן מלא מקומו לפי רוחן של זקני וטובי
העיר ורבני מתא דבכל דור ודור אשר יאמרו כי ראוי
והגון תחת אביו כו' דקפדו בלשונם למעט רוב אנשי
העיר אעפ"י דאינון מפורעי המס הרוא' יראה
דמה ראו בחכמתם הרמה רבנן תקיפי ארעא
קושטא"א עירנו יע"א לתת כח ואלימות חיל לאנ' את
בית ישראל כולל עירנו יע"א דידהו תקיפ' להכוף
כאנמון את הבן שאינו ממל' מקום המוריש שיפרעו
היתומים חוב העיר ולהוציא מידם הגם דהנה הנס
מוחזקים בממון מוריסם אם איכ' הפרש והבדל בינמע'
וט"ה ורבני מתא והמה פלגא ופלגא דכת אחת אומרת
דמלא מקום אביו הוא וכת אחרת אומרת שאינו ממל'
מקום אביו הוא ולפום דינ' הוה סמכינן בחזקת
לכלג' דאמרי דממלא מקום אביו הוא ולא הוה מפקי'
ממונ' מידם של היתומים עכ"ז העדיפו כח הכולל
להוציא מיד היתומים מטעם תועלת הכולל ולדידן כל
משכיל יראה ויבין דלא העדיפו כח היתומים סיכא
דאיכא משגיח ואפוטרו' לומר דלא נאמרו דברי החכמי'
כמסמרות נטועי' רבנן תקיפי ארע' קושט"א יע"א
אלא דוק' היכ' דכבר נעשה בר מצוות דכבר נסתלק
זכות וחוק' ידו של אפוטרו' האומנם היכ' דהיתומים
קטנים דרביע עלייהו השגחת אפוטרו' לא רמינן
עלייהו דיתמי לפרוע חוב העיר אלא חוב של כל שנה
ושנה דוק' כשאר פורע המס וכמו שבא בשאל' דמע'
הח' הש' בא בטענה הלזו ואייתי בידים דברי מרן
ז"ל הרב ידס"מ מר זקנו של הח' הש' אלא כל לגבי
דידן אין האמת כן אלא כוונתם של מתקני ההסכמות
רבנן תקיפי ארעא הוא דלא מבעי' היכ' דהו' קטן
בשנים דאינו נוש' ונותן בממון אביו הוא עצמו אלא
ע"י אחרים שהו' האפוטרו' דהיוב מוטל לפרוע חוב
העיר מטעם דאין השגחת האפוטרו' כהשגחת בעל
הממון אלא דהגם דהיתום נוש' ונותן בממון אביו
דכבר נתגדל ונעשה בר מצוות דלפי האמת איכא
השגחה בממון דהיינו בנו עכ"ז כל שאינו ממל' מקו'
אביו לפי רוחם של זקני וטובי העיר ורבני מת' דבכל
דור ודור החיוב מוטל על היתום לפרוע חוב העיר
הגם דכבר נתגדל ויעוין דמע' הח' הש' הי"ו ידו אומו'
בדברי מרן מר זקנו הרב ידיו ש"מ ז"ל וכאמור הנה
הבעתי לפניו של הח' הש' במעשה שהיה בשנ' התקפ"ט
בראונן שמת והניח ג' בנים השנים מהם קטני' והגדול
הגיע אור ליד ומע' האפוטרו' שהיו מגדולי העיר
חכמים ונבוני מדע וניחם מלאים כל טוב והבא
פריכ' בידייהו כדי להציל את היתומים קטנים שלא
לפרוע חוב העיר קרבו ויאתיון לפני בי דינ' רבה
הראשון אדם מורי הרב תנא דבי אליהו עניו ודישרן
סמיכין עלוהי הרבנים המובהקים מהר"ש ן' שושן
ומהר"ש חיים עם מע' הגבירים זייני ומורשי הזמן
ותבעו מע' הדיינים מאת מע' האפוטרופסי' שיקיימו
מצות פריעת חוב העיר כנהוג ומע' האפוטרו' השיבו
בנגדם

כנגדם מאחר דהגדול כבר נעשה ב"מ הרי ממלא מקום אביו והמנהג הוא דהיכ' דהאחד ממלא מקו' אביו אינם נפרעין חוב העיר אף חלק היתומים קטנים ומע' הדיינים הי"ו טענו כנגדם דהתינח אם היה היתום גדול מ"מ אביו ברשהיכ' דהיתום הגדו' ממלא מקום אביו במש' ומתן להו כל כמנייהו של האפוטרו' לעכב שלא לפרוע חוב העיר לא חוב העיר הנוגע להלקם של היתומים קטנים ולא הלק היתום הגדול ומע' האפוטרו' כה אמרו יען דממון מוריסם של היתומים הנה נרשואם והנם משגיחים על נכסי מוריסם הנה מעתה הם מתחייבים מתורת ערבות לפרוע בעד היתומים נו' כל המס הנוגע להם בכל שנה ושנה ומע' הדיינים הי"ו נתעלמו כנגדם מאחר דסגרו את הדלת הרבנים זלה"ה דאים כי ימות ולא הניח בן ממלא מקום אבותיו ראשית כל אל היוב רוב העיר לגבות מן היתומים א"כ מי יבא אחריהם דכל דבריהם כגחלי אש ומע' הרבנים מורי הרב חנא דבי אליהו עניו ז"ל ודישרן סמיכין עלוהי הרבנים הנז' נשאו ונתנו בהלכה ובדברי הרב ידש"מ ז"ל ויצלחה הסכמתם דמע' הדיינים מורשי הזמן מכללי' דבריהם במשפט ואמת יהגם הכם דאין לנטות ימין ושמ' מלשון ההסכמ' דלא מהני שום כל פיטור ליתומים נו' בטענ' של מע' אפוטרופוסים ונכתב ונחתם מעשה ב"ד על דנא פתג' והדת נתונה ביד מע' דייני ומורשי הזמן של השנה ההיא ש' התקפ"ט וכדי להפיס דעתו ומהשבתו של מע' הח' הש' דהאמת כן קראתי למאהבי מע' הדיינים מורשי הזמן שיקיימו מלות שילו' להראו' את ספיר גורתם מרבני עירינו דעשו מעשה הפך מרן ז"ל הרב ידש"מ וידם תקיפא להוציא מתחת יד היתומים ולא חשו לסברת הרב ז"ל לאוקומי ממונא בחזקת היתומים

באופן למלתא כדנא דנ"ד כבר נפתא בגדולי' רבנן בתראי ז"ל להוציא לאור משפט זה דלא שמיע לן טענתם של מע' האפוטרו' ומפקי' מנייהו דיתמי הוב העיר בשלימות עד סוף פרוטה אחרונה וכך נעשה מעשה וכתבנו והתמנו בפתקת דב"ד על זה ולא חששנו לס' הרב ידש"מ והדת נתונה להלכה ולמעשה בידם של מע' דייני ומורשי הזמן הא שתא הכא ש' תר"ב ׳ ואכתוב לקמה שעמדתי בנ"ד והוא במה שראיתי להרב ידש"מ שכתב שם וז"ל וזוב שמעתי שלימים הראשונים

עשו מעשה אפי' בשני אחים שלא חלקו ממון אביהם ומת אחד מהם שלא יפרע אחיו היורש חוב העיר דכל זמן שלא חלקו הנכסיהם הם בחזקת אביהם יע"ש וא"כ בנ"ד נמי הכי הוה עובדא דשני אחים היו שלא חלקו ממון מר אביהם ואותו ממון שירשו ממר אביה' לא פרעו הוב העיר בשעת העדרו מן העולם מטעמ' שהיה ת"ח מובהק ותורתו אומנותו ולא הוה פסיק גירסא מפומיה דמר אביהם ז"ל וכשמת אייבו מע' ז' טובי העיר למנוח ת"ך אחיו של מע' הח' השלם נר"ו כך וכך ממסי העיר ואחר זמן נפטר המנוח ז"ל והניח בן יונק משדי אמו וא"כ מאחר דלא חלקו השני אחי' נז' ממון אביהם א"כ הו"ל דזה בן יונק משדי אמו מכח אבוה דאבוה קא אתי ואין כאן חיוב חוב העיר מאחר דממון מוריהם לא נשתעבד בשום חוב ממסי העיר וא"כ מאין ולאין לחייב את נכדו הנז' עתה בשום חוב העיר כלל דהרי זה לא ירש את אביו אלא למר זקנו דהרי הנכסים לא היו בחזקת מר אביו ז"ל אלא בחזקת מר זקנו וכאמור

אלא דהא לאו מכרע' מחרי טעמי חדא דהכא בנ"ד כשמת הרב מר אביהם ז"ל וחייבו לבנו המנוח ז"ל מע' ז' טובי העיר הסך ההוא נמלא דהאותה שעה כבר נשתעבדו נכסי המורים למסי העי' מה שלא היה מקודם וכשמת המנוח ז"ל אביו של זה התינוק יונק משדי אמו לא נעקרו מהנכסים השעבוד שכבר חל עליהם מעיקרא דהגם דאמרו כל זמן שלא חלקו הנכסים אינם אלא בחזקת המוריש הראשון היינו שלא נשתנו ממון מוריסם ממה שהיו מעיקרא ולא חל עליהם שום דבר חדש בשעת העדרו מן העול' המוריש דהייבו שהיו מעיקרא בחיי המוריש וגם כשמ' החיוב כדקאי קאי ועל פי זה לא דמיא נ"ד לאותו מעשה וכאמור ועוד האעיקרא דדינא יש לדון בהורא' הלזו מאחר דבעירינו קושט"א המנהג פשוט הוא דלא אזלינן בתר ממונא כלומר במי שהיה הממון שלו מעיקרא אלא חזינן ביד מי שהוא עכשיו וכמו שהשרי' לנו הרב מהרשד"ם סימן שס"ב בהשו' הרופא דמי שמת והניח בנים או יורשים שפטורים ממס כגון שהשהנני' היתה בת מושלים ובניה נגררים אחר אמם ופטורים ממסי העיר ולא מבעיא ממון שהרויחו הבנים מלד עצמם לפטירי ממסי העיר אלא אף הממון שהניח להם המוריש החייב במסי העיר יורשיו פטורי' ממסי העיר מטעמא דהמס אקרקפתא דגברי מוטל ולא על הממון וכבר כתב הרב כנה"ג סימן קס"ג הגב"י אות ד' דנראים דברי מהרשד"ם וכן לעת מוהרימ"ט וכבר כתב הרב ידיו של משה ח"מ סימן נ"ו דמנהג קושט"א עירינו יע"א כדברי מהרימ"ט דחיובא דמס אקרקפת' רמי וחזינן הממון ביד מי שהוא עכשיו ולא אזלינן בתר מי שהיה מעיקרא ואין לך אלא מקומו ושעתו דקיימי השת' וא"כ האי הוראה דהיינו יעקב דהיה אחד מפורעי המס ומת ובניו ממלא מקו' אביהם והיו פורעים והולכי' מס העיר ואחר זמן מת האחד היכי דייני דייני דלא אזלינן בתר השתא אלא אמרינן דקאי הממון בדוכתא דמעיקרא למקום הראשון דהיינו אביהם דמאחר דאנו רואים דדייני והמנהג פשו' דהיכא דמת אחד מפורעי המס החייב במס ובניו הנה הנם ממשפחת המושלי"ם פטרינן להו מהמס מאחר דכבר נעקרו הנכסי' של מקום הראשון של המורי' ובאו הנכסים ליד מי שהוא פטור דהני נכסי במקומ' דבניו קיימי ולמודעי אני לריך איך יש להם להני תרי הוראות ישיבה אחת באתר דבי מדרשא וחקרתי בהוראה הלזו מה יהיה משפטה עתה בזמנינו אי אתי לקמן שמעתי מפי מגידי אמת דזה ימים איר' מעשה מלתא כדנ' כדמותו כצלמו ונשאו ונתנו בהורא' הלזו שהביא הרב ידש"מ ז"ל ועשו מעשה להוצי' מאת אחיו האי נר"ו הסר והטפסר חוב העיר והנאני מאחר דזה דומה לדינא דיורש שהוא מושלי"ם דפטרי' ליה דהמנהג פשוט כן וזולת דנפרעין חוב העיר ע"ם זמן קלבת העריכה כמנהג ואם הבן היורש הוא ת"ה דפטור ממסים נפרעים הוב העיר מכל מה שיעלה ע"ם קלבת העריכה ושוב אינו פורע כלום האמנם

ביורש

ביורש מוסיליס דעתה בזמן הזה דזה ימים מועטים דנתפשרו פורעי המס עם מע' המוסיליים ה"י ד"מ אם מע' הדיינין ומורשי הזמן העריכו דעל כל אספרו' יפרעו מי שאינו מעלת המוסיליי"ס ק' גרו"ש ומי שהוא מוסילי"ס פור' המחלית דהיינו המשים ועוד יתר על זה ט"ו גרו"ש שעולה ששים וחמשה גרו"ש וכשמת המורים אם המוריש הוא מוסיליי"ס והבן הוא מ"מ אביו אינו פור' כלום אלא מקבל עליו עריכת אביו ואם המוריש אינו מוסיליי"ס והבן הוא מוסי' נפרעים ממנו המחלית. ד"מ המוריש היה פור' עשרה לבנים נפרעין ממנו החמשה לבנים מלל חוב העיר שעולה ע"א ומן קלבת העריכה והבן מקבל עליו לפור' בכל שנה ע"ם ומן העריכה חמשה לבני' האחרי'

באופן דהוראה הללו בשני אחים דהעד שעי' בנו הרב מאריה דאתרין הרב ידש"מ ז"ל דעשו מעשה כולל העיר לדון דממון הירושה אינו בחזקת האח שמת אלא בחזקת המוריש הראשון עתה בזמנינו לא נהיגי הכי אלא דייני דייני לפרוע חוב העיר מאחיו האי אף דהאי ממלא מקו' מטע' דאזלי' בתר אקרקפתא דגברי ולא בתר ממון המוריש ועוד שמעתי דשנו וישנו לעשות כדת וכהלכה זו ליעו' אזב העי' מאחיו האי

וראיתי להרב דב"מ ח"נ בתשו' ח"מ סימן י"א דנשאל על ב' אחים שחלקו ממון אביהם והורו ונשתתפו והעריכו לאחד בעד ט"ו כסים ולשני בעד יו"ל כסים ואינם רוצים לפרוע מס אלא דוקא בעד ט"ו כסים שכן הוא התקנה כו' ומאחר דהם שותפים וכחד גברא דמו ובני הקהל טוענים דשני כוהות נינהו כו' והביא פסקו של הרב מהרי"א ישראל ז"ל לפטור את האחים מטעמא דזה דומה למתני' דשקלים דהאחים שלא חלקו פטורין מקולבון וכמו כן לענין מסים הו"ל כחד גברא וכא אחד לכם והר' ד"מ ז"ל כתב עליו וז"ל ואני אומר אהר המחילה דאין להביא ראיה משם כיון דאין גם אחד מכפום' ודעתם רחבה מדעתינו כו' דלמדו משם לענין מסים ואין לבדות דבר מלבנו אם לא נמצא הדבר בפירוש כ"ש דאיקרהיה משם והאריך הרב ז"ל ובסו"ד כת' וז"ל למה לא נדמה אותם למהלית השקל עצמו דשני אחים הגם שלא חלקו חייבים כ"א ואחד לתת מהלית השקל אף דנחשבים כאיש אחד לענין קולבון יע"ש

באופן דהוראה הלזו דהעד העיד בנו הרב ידיו של משה מלבד דכבר כתבנו דעתה בימים האלו ובזמן הזה לא נהיגי הכי עוד זו יתירה סברת הרב דב"מ דפשיט ליה הכי דלא מדמינן מסים להיובא דקולבון אלא כל א' וא' חייב לפרוע כפי מעותיו הגם שלא חלקו והגם דאם היה אביהם חי על האדמה לא הוה מחוייב מ"מ כיום שהנחילו את בניו. כבר נעקרו נכסיו מחזקתו ונכנסו בחזקת בניו וב' גברי ב' כוחי הוו וע' להק"ל ח"מ סי' ק"א דנשאל בנערך שמת אם יש כח ביד זט"ה להעריך את שני היתומים לכל א' בערך ק' או אין כח בידם להעריך אלא בער' ק' לשניהם כאחד ושם ד"ה עא כת' וז"ל ואבא היו' כו' כ"ל דאין להעריך אלא לשניהם יחד הגם דיש בעזבון ממו"ר מק"ו דהמוריש שהיה הריוח שלו ולא העריכוהו אלא עד ק' ואף אם מינו ב"ד ב' אפוטרו' אינן מחלקים הממון אלא לכ"ז אלא שניהם מתעסק'

כא' בכל הממון כו' ואם היתומים הם גדולים יכולי' להעריך אותם לכל א' עד ק' כיון שהם גופים מוחלקי' ויוכל כל אחד מהם להסתחר ולהרויח בסך שלו כו' עכ"ל

הנה הרואה יראה בבירור דבריו דס"ל כס' הרב דב"מ דאחים גדולים שלא חלקו ממון מורישם מעריכים אותם לכ"א בפ"ע דדוקא יתו' קטני' אמרי' דאינמע' אלא לב' יחד בערך' ואם תרצה לידוק דברי הרב ז"ל דאף בגדולים כל זמן שלא חלקו ממון מורישם אינן נחשבי' אלא גוף אחד ולא כתב הרב ז"ל אלא ליתומי' גדולי' שחלקו ממון מוריש' וכטעמא דיהיב הר' ז"ל דכל אחד מסתחר ומרויח בשלו כו' זה אינו דא"כ נמצא דאין חילוק בין גדולים לקטנים דהא אינא פוט' מחלקים ביניהם אלי לכל א' אלא שניהם מתעסקי' כא' בכל הממון וכמו שכתב הרב ז"ל אלא ודאי דפשיט ליה להרב כס' הרב דב"מ דלא מדמינן מסים לדין קולבון וכמ"ש לעיל ׃

הכלל העולה מפרש'ת העיבור דבנ' אחים גדולי' הגם שלא חלקו ממון מורישם לא אמרי' הממון קאי ברשות מ"ק דהיינו המוריש אלא מאחר שמת והנחיל לבניו נתרוקן וכותו דמעי' והרי הם ברשות בניו ונפקא מינה טובא אי למערי' אותה לכל אחד ואחד בפני עצמו מטעמ' דהם גופי' מוחלקים ועוד נ"מ דכשמת אחד מן האחים ונפל הירושה לאחיו האי נפרעין ממנו חוב העיר ודלא כהוראת הרב מאריה דאתרין הרב ידש"מ ז"ל דהעד העיד בנו דאין האח האי פורע חוב העיר מטעם דהממון בחזקת המוריש קאי דזה אינו לא מטע' מנהג ולא מטעם דינ' וכאמור ולענין שאלתינו כבר כתבנו כל הצורך דאין טענתם של מע' האפוטרו' מועי' לבא בחזקיה המוריש לפרוע כשאר פורעי המס חוב השנ' דוק' אלא כולל העיר נפרעים מיתמי חוב העי' העבו' והעתיד כך נראה לע"ד וכבר נתננו פתקא דבי דינא על זה ליד מע' דייני ומורשי הזמן בעירינו קושט"א יע"א פי המדבר

הצעיר **אליעזר די טולידו**

סימן עא

שאלה עובדא הוה בראובן שהיה חייב לשמ' הדר בפ"ה ויען דנתייר' שמעון שמלו' שמא יפול לשברים ראובן הלוה ובא שמעון המלוה ועכב ביד הלווים שהיו חייבים לראובן שהיו דרי' גם הם בפ"ה שלא יפרעו לראובן חובם מטעמא דראובן עצמו הוא ניהו לוה של שמעון ובאה השמועה דמחמ' זה העיכוב נתגלגלו הדברים דגרם היזק והפסיד לר' יען דיש מהם מהלווים דנשברו בימים שבנתים ואילו לא היה העכוב היו פורעים לראובן בזמנו המוגבל ביניהם וכמו שפרעו הלווים הללו לשאר בעלי חובם ועכשיו טוען ראובן דמאחר דע"י זה העכוב של ש' היתה גרמא להפסיד ראובן שלא פרעו לו בזמנם המוגבל שהיה ביניהם א"כ גם הוא מעכב שלא לתת חובו לשמעון ויורינו מורינו כו'

תשובה הנה במלתא כלנ' נראה לאורה לפום דינ' דמאחר דקיל"ן דגרמא בנזקין

בנזקין פטור מדיני אדם והייב בדיני שמים וכבר ידוע מחלוקתן של הראשונים ז"ל בדבר דחייב בד"ש אי תפס אי מפקינן מיניה דמוחזק או לא ואין בידינו כח לכוציא מיד המוחזק ורמזם הרב מש"ל הל' מז"ל פכ"א דש"ע ע"ג והרב דב"מ בתשו' ח"ג סימן י"ט לענין גרמה בנזקין נמי וכבר נשאל הרשב"א ח"ג סי' תכ"א כענין נ"ד על הברורין דעכבו מעותיו של ראובן שהיה חייב לו גוי אחד כו'

וראובן בא בטענה על הבירורין הפסדתם אותי שהגוי בו בפרק היה רוצה לפרוע כל מעותיו ועכשיו במעות שעכבו והשיב וז"ל כל כיוצא בזה פטור דאין זה אלא גרמא בנזיקין ואפי' דינא דגרמי ליכא הכא דאין זה שורף שטרותיו של חברו יע"ש ושם בסי' ק"ז ביאר הרשב"א ההפרש והבדל דאיכא בין דינא דגרמי ובין גרמ' בנזקין יע"ש וראיתי להרדב"ז בשנות סימן קע"א דנשאל על ראובן שהיה לו סחורה ביד שמעון והניחה ממנו שיחזור לו השחו' ולא רצה להחזירה לו והוזלה השחו' כו' והשיב וז"ל ואם יש עדים שר' תבע' בזמן היוקר ולא רצה ליתנה לו חייב שמעון משו' דינ' דגרמי כשור' שטרותיו של חבירו שחייב מדין מזיק וזה ברור יע"ש ולכאורה איכא לאתמוהי עליו דהא ליכא הכא התנאים דכתבו הראשונים לפלוגי בין דד"ג ובין גרמא ועוד יש לדון ע"ד הרב ז"ל מאחר דאין כונתו של שמעון להזיקו לראובן אלא דמגמתו של שמעון כוא להטוב מהשבוח דשמא יתיקר עוד שער הסחורה מהוייה של עכשיו וימכרנ' וירויח בה דנמצא דלהנאתו קא מכוין וכל כה"ג לא מחייבינן ליה דלא דמי לשור' שטרותיו של חבירו דמתכוין להזיקו וככי מחבר' מתשו' הרדב"ז חדשות ח"א סי' רל"ג שכ' וז"ל אפי' לפי טענתו גרמ' בנ קין הוא ועו' אני או' שאפי' היינו דנין דגרמא חייב הכא בנ"ד פטור ר' שהרי לא נתכוון להזיק את ש' אלא לתועלתו נתכוון יע"ש הרי דס"ל להרדב"ז דהכל תלוי במתכוין להזיק אפי' אם היה הדין דגרמ' בנזקין ודינא דגרמי שוו בדינייהו והיה אפש' ליישב דהרדב"ז בתשו' הלזו סמך עצמו על הוראותיו של הרמב"ם שכתב בפ"ו מה' חובל העושה מלאכה בפרת הטאת ובמי חטאת אם הוא במזיד חייב לשלם כו' יע"ש הרי דאין זה מתכוין להזיק לחברו אלא להנאתו מכוין עכ"ז ס"ל להרמב"ם דחייב אשר מש"ט חלקו עליו הראב"ד והרמב"ן וסברי דזה פטור מאחר דאין זה מכוין אלא להנאתו יע"ש בדברי הרב המגיד וכבר כתב הכנה"ג סי' שפ"ו הג"הט אות ג' דאע"ג דדין זה לא שייך בזמן הזה מ"מ יש נפקותא מיהא לדידן אפי' בזמן הזה דהיכא דאין מתכוין להזיק אלא להנאתו פטור מלשלם יע"ש ומאחר דהרמב"ם פשיט ליה דריכא דמזיק לחבירו הגם דאין זה מכוין להזיק אלא להנאתו דוקא אפי' הכי חייב ואותה תשו' דסי' רל"ג יש ליישב בנקל כמו שיר' המעיין ׃

וראיתי להכנה"ג בסי' שפ"ו הג"הט אות ט"ל דהעתיק דברי הרדב"ז ז"ל הללו דישנות הנז"ל והעתים בלשונו הטשור וז"ל ראו' כו' והוזלה אם הגיע זמן הסחורה דאם לא תמכר עתה הדבר ידוע שתרד ויוזיל השער חייב לשלם כו' יע"ש הרי דאסברא לן הכנה"ג דלא החליט מאמרו הרדב"ז לחייב אם לא דבריא ה יקא דבריר לן וידוע לכל שהפסיד שתובע בודאי דנמצא מכוין להזיק לחברו ואינו מכוין להנאתו דאם מכוין להנאתו למה ידו אוחזת שלא למוכרה מאחר דהשעה עוברת והאמת דאזיל ומוזל' הרדב"ז דהיכא דלא בריר לן אם יוזיל או לא דאיכא גבן ספיקא לית לן לחיוביה דדילמא להנאתו מכוין ולא להזיק וסיים שם הכנ"הג וז"ל וכתב מהרש"ך בח"א סי' י"ז דפקיד שלא הוציא הסחורה מיד מן המכס והוזלה אינו חייב לשלם עכ"ל

והמעיין נאחי' ההשקפה בדברי הכנ"הג לא נהירא ליה מאי דנהו דעת עליון אי ס"ל להר' דפליג מהרש"ך על הרדב"ז או לא דאפשר לכלל ולו' דלא פליגי דמהרש"ך לא בריא הויקא הוא נ"ד וכמונן לפום פשט השאלה דכל טיננא התובע לא היה אלא דאומר כי מש' היתה השיבה של נמכר הנייר שהכניסו ימים רבים נקזפאן ואם היה מוציאו תכף אולי היה נמכר ונסיבת האיחור לא נמכר עד הנה יע"ש באופן דלא בריא הויקא דבלשון אולי הוא ניכו טענתו של תובע וע"פ האמור גם הרדב"ז מודה ובא בהאי דינא וכאמור

והאמנם המעיין בתשו' מהרש"ך ידין ידין דפליג מהרש"ך על הרדב"ז ז"ל וס"ל למהרש"ך הגם דהגיע זמן הסחורה ואפי' אזיל לאיבו' לגמרי לא מחייבי' ליה מאחר דלא מינכר הזיקא דהרי כתב וז"ל ואף אם נניח דבמה שלא הוציא ש' הנייר מהקזפאן תכף ומיד דהוי פשיעה אפ"ה אין לו לנפתלי על ש' שום תפיסה כלל שהרי אפי' בן גמור קי"ל דאפי' נפחת הדבר הנגזל מדמיו כל שאין ההיזק ניכר לא מחייבינן ליה כדתנן גזל מטבע כו' חמץ ועבר עליו הפסח כו' יע"ש הנך רואה דהרב מהרש"ך בנה יסודו על מתני' דחמץ ועבר עליו הפסח דבריר לן הזיקא דאם לא היה הגזלן מעכבו ברשותו והיה מחזירו לבעליו קודם איסורו לא הוה מגיע ליה לנגזל שום היזק דשמא היה מוכרו לאחרים או היה אוכלו והגזלן מאחר דעכ"ב היתה בידו שלא להחזירו לבעליו גרם היזק לחבריה ואפ"ה פשיטא ליה למהרש"ך דפטרינן ליה לגזלן מאחר דאין ההיזק ניכר

(אה) העולה מדברי ר' המחבר ז"ל דהסכימה דעתו דעת עליון דמהרש"ך פליג על הרדב"ז האמנם מנאתי ראיתי להרב המבי"ב ח"מ ח"ב בתשו' סי' כ"א דסקיל וטרי בשתי תשו' אלו של מהרש"ך והרדב"ז וספוקי מספקא ליה אי פליגי או לא ומריהוט לשונו של הר' המבי"ב שם מוכח דיותר נראה לו להר' ז"ל דלא פליגי מהחילוקים שלדד שם ועיין למהרש"ך שם סי' נ"ן דנשאל על ראובן שהיה לו שות' במ"ה ומסר ר' ביד ש' סחורה אחת שישלחנה ליד שותפו של ר' וש' עשה שלא כהוגן ושלחה ליד שותפו שלו כו' ובא שותפו של ר' ותבע הסחורה מיד שותפו של ש' ולא רצה ליתנה לו כו' ובאו המלוים של ר' ולקחו הנכסים מיד שותף ש' כו' ועתה בא ר' בטענה על שותף ש' אתה גרמת כו' והשיב וז"ל אפי'

דמחמת

דמחמת העיכו׳ נמשך לו הפסד מחמת תפיסת הנ"ח גוים אין לחייבו דזה גרמא בנזיקין הוא דמילתא דפשיטא הוא דבשעת שעכב שותף את׳ הסחורה לא נראה היזקא גם לא נעשה היזק בשעת מעש׳ העיכו׳ יע"ש)

הרי דאסברא לן מהרש"ך ז"ל בא׳ שלוו דהגם דע"י העיכוב הלך שלך לו נכסי׳ נעליו וילא נקי מנכסיו דבאו גוים ולקחום עכ"ז פטור דזה מקרי גרמא בנזיקין שגם דמנכר היזקא וזה שלאבתי בכוונת מהרש"ך כמוכן מלאתי ראיתי למהרש"ך ח"ד סי׳ מ"ו רמזו הר׳ פמ"א בס׳ זכרון דברים דמ"ה ע"ד על ענין ב׳ שותפי׳ ומת א׳ מהם ובא השות׳ השני ולקח כל הסחורות ושטף ועבר למדינת הים ואלמנת ראו׳ שלחה מורשה שיעכב הנכסים נעד שכי לכתובה וכן עשה המורשה ועכבם במדינה פ׳ וע"י העיכוב גרם הפסד נסחורות ב׳ מיני הפסדות הא׳ שירדו מערכם דהוזלו ונפחתו והשני שע"י העיכוב שלא נשלחה הסחורה בזמנה ואחרעד עתה בשולחם דרך אניה בלב ים נפלה סערה בים והוצרכו להטיל מקצ׳ מהסחורו׳ אל הים וא"כ ההפסד עליה דידה איבדר ופואחיןלה מכתו׳ והשיב וז"ל מילתא דפשי׳ היא דאין שום טעם להפסיד כתובתה של האלמנה מאחר דאינו אלא גרמא בנזיקין ולא מבעיא בהפסד הזול מאחר דלא מנכר היזקא כו׳ אלא אפי׳ נהפסד טביעת הסחורה בים דהה"נ מנכר היזקא אין מקום לחייבו כיוןדלא הוי אלא גרמא כו׳ יע"ש

הרי דאסברא לן מהרש"ך בתשו׳ הלוו דהגם דע"י העיכוב בא הפסד בין הפסד דוזלי׳ ובין הפסד שאינו בעולכעכ"ז מאחר דאינו אלא גרמא פטור והמעיין יראה דילפי׳ אידושא רבה מתשו׳ מהרש"ך הלוו דס"ל דהאי דינא דגרמא בנזיקין דפטור הוי אפי׳ אי תפס שכנגדו ומוחזק שכנגדו עכ"ז מפקינן מיניה דמוחזק ויהבינן ליה לבעל הגורם דהא נדון מהרש"ך היה דהבע"ח דהיתה האלמנה דהיא היתה הגורמת דע"י עיכוב דידה אירע הפסד בנכסים והיה ראוי דיורשי בעלה לא יפרעו כתובתה יען דהנה הנם מוחזקים והאלמנה חייבת בדיני שמים ודינא הוא לכת הפוס׳ דבמילת׳ כדנא אי תפים אידך וכה בתפיסתו וכמו שכתבתי לעיל וכמו דאסברא לן הרז"ב ז"ל הביא דבריו הכנ"הג סי׳ ספ"ו הג"הט אות ל"ה דגרמא בנזקין דחייב בדיני שמים אם נתן אין מוציאין מידו הרדב"ז כו׳ יע"ש וכת"ש לעיל תשו׳ הרב דב"מ ה"ג ז"ל אלא מש׳ דהרב מהרש"ך ס"ל ככתהפוס׳ דכל היכא דפטור מדיני אדם הגם דבדיני שמים חייב אין תפיסת שכנגדו אהניא ליה כלום

(**אה** וכ"מ לרבי׳ המחבר במקום אחר שלקדק מת׳ הרב פ"מ ה"ב סי׳ י"ז דל"ב ע"ג דקאי בסי׳ הלוו דבגרמא בנזיקין איןתפיסת שכנגדו כלום) ואחר החיפוש ראיתי להרב מטה אהרן הלוי סנ"ת אות גימל ערך גרמא דנשאל מענין נ"ד והיה תפוס שכנגדו וזה הלכה העלה הרב ז"ל בדס"ו ע"ב דמלוי המוחזק לו׳ קי"ל דהיכא דחייב בד"ש הי תפס לא מפקינן מיניה יע"ש ועי׳ להרב כנ"הג ח"מ סי׳ כ"ה הגב"י אות ל"ד שכתב וז"ל יש להסתפק במחלו׳ הפוס׳ דיש אומרים שחייב בדיני שמים וי"א שאינו חייב אי תפס שכנגדו אי יוכל לו׳ קי"ל כמ"ד שאתה חייב בידי שמים ולא מפקינן מיניה ומשיקול הדעת נראה דמפקינן מיניה ואינו יכול לומר קי"ל עכ"ד הנקרוא׳ בעיניךדעכ"כ לא מספק"ל להרב ז"ל אלא מטעם דאין הדין פשוט דחייב בד"ש הא במילתא דפשיטא לן לפום דינא דחייב בד"ש אז ודאי דפשיטא ליה להכנ"הג ז"ל דתפיסה מעליא היא וכמו דאסברא לן בסי׳ שפ"ו משם הרדב"ז **אה** כ"כ הכנ"הג עלמו בסי׳ כ"ח הג"הט אות כ"ה יע"ש) ועי׳ להרב מט"ש ז"ל סי׳ כ"ה הגב"י אות ע"ט מה שרימז בענין זה הנלע"ד כתבתי

הצעיר **אליעזר די טולידו**

סימן עב

שאלה ראובן שהיה לו ג׳אמליק אחד על חצר שמעון ואותו ג"אמליק היה סגור ובשרפה של ש׳ תקע"ג נשרפו כל הבתים של רו"ש ובנה שמעון ביתו תחילה ואח"כ ראובן וכשבא ראובן לבנות שאל שאל שאיש ראובןמאת שמעון שיטיב חסדו שמעון עם ראובן ויתן לו רשות לפתוח כמה חלונות על חצר שמעון בלתי חוקה ויכתוב לו שטר כתוב ואתו׳ על זה דבכל עת וזמן שידרוש שמעון מראובן שיסתו׳ החלונות בה שעתא נתחייב ראובן לסתום חלונותיו וזה נוסח השטר לפ"ע ח"מ בא ראובן והודה הודאה גשו"ק כו׳ איך אין לו בפתיחת החלונות הנז׳ שום חוק׳ כלל ומה שפתח אותם הוא על לד החסד והטו׳ שהטיב עמו ש׳ ומעתה נתחייב ראובן בח"ג עליו ועכ"ף דכל עת וזמן שידרוש שמעון וכ"ף מראובןיצל שאים׳ החלונו׳ מעתה חייב ראובן וכ"ף לסגור אותם תכף לדרישתו בלתי שום דחיה וטענה כו׳ שעל תנאי כן הניחו לפתו׳ אותם כו׳ ולקיום כל הנז"ל קנינו מיד ראובן בקנמ"ף כו׳ עכ"ל השטר ואח"ו נזה בא שמעון ותבע מראובן שיסתום כל החלונות ויקיים איובו כאשר כתוב בשטר ויהי כמשיב ראובן לשמעון אנא שא קאימנא גרס הג׳אמליק שהיה לי מאז ומקדם בכותל שלי על חצר שלך איני סוגר אותו והשמעון השיבו הג"אמליק לא היה בנוי באותה הדין במקום החלונות אלא היה בנוי בכותל אחרי הבנין שלי שבניתי עתה באורך ואמאי לא מחית בשעת הבנין וראובןמשיב דהג"אמלי׳ לא היה אלא במקום החלונות השיב שמעון הן לו יהי׳ כדבריך דהג"אמליק היה במקום החלונות מאחר דכבר נתחייבת לסגור החלונות שהם פתוחין ממילא מחלת את וכותך ועתה כבר נתברר שהג׳אמליק היה במקום החלונות זהו חורף טענותיהם של רו"ש

תשובה לפום ריהטא נראה לכאורה מנוסח השטר דלא נתחייב ראו׳ לסגור אלא מאי דפתח על לד החסד והחנינה וזהו שיום נוסח השטר שעל תנאי כן הניחו לפתו׳ דכל כי האי לישנ׳ מורה ובא דחיובו סובב הולך על ההטבה שהטיב שמעון לתת לו רשות לפתו׳ חלונות האומנם מאחר דהג"אמליק היה א׳ מהחלונות א׳כ איך כולל ראובן בלשונו לסגור החלונות שפתח ולא פרט בלישניה וולת חלון פלוני שהוא זכות דשלי שהוא הג׳אמליק אלא משמע דכלל הכל לסגור הכל ולא ישאר לו שום חור ונקב בכותל שלו כלל מדכתב לשון כולל ואיברא

ואיברא דיש לדון ולומר מאחר דשמעון טענותיהם של רו"ש בפנינו נ"ל וכולו כולם כאחד דבשעת הקנין לא היה עסקם ומשאם ומתנם אלא על החלונות מצד השכנה ואין אומר ואין דברים בזכות הג'אמליק כל כה"ג כבר כתב הרשב"א ח"ב סי' ריי"ן על ר' שמכר שדה לש' באחריות והיה ביניהם עסקי ממון ומחל ש' לר' מכל דבר וכל שעבוד ולא זכר ש' שעבוד האחריות בשעת המחי' אם יש בכלל המחי' אותו חיוב דאחריו' או לא והשיב הרשב"א וז"ל אין שעבוד האחריות בכלל שכל הדברים אינן אלא כפי מקומן ושעתם במה היו מדברי' אע"פ שהית' המחי' סתם סתמה כפירושה כו' שכל מה שאדם מדבר בא' מן הענינים שהיו מדברים בו ועושה מעשה סתם נידון כפי המעשה שהיו מדברים כו' ועוד דלאו בשופטני עסקינן שימחול זה זכות שהיה לו ואומדן דעת הוא כו' יעו"ש הרי למדנו הרשב"א דהגם דליש' דשטרא הוא דמחל לו כל דבר וכל שיעבוד כו' דהוי לשון כללי גמור עכ"ז לא דיינינן אלא דסובב הולך על דבורם ואמירת' שעברו ביניהם דזה כלל גדול דהמחי' לא קאי על אשר לא שאלו דבר ועוד קא יהיב טעמא אחרינא הרשב"א דזה שטות והוללות שימחול האדם זכותו אשר יש לו אמור מעתה בנ"ד דשייכי הני תרי טעמי האחת מאחר דמשאם ומתנם לא היה אלא על צד השכנה שנתחנן לו ראובן שיעשה עמו רחמנות וחנינה ויתן לו רשות לפתוח חלונות על חצירו של שמעון וע"ז בא עליו שמעון בטענה אם יכתוב לו שטר כתוב וחתום דבכל עת וזמן שידרוש שמעון מר' על דבר סתימת וסגירת החלונות כו' ועל זה נטל קנין ונתחייב ראובן מעתה דיינינן דסתמה כפירושה הגם דהמחילה כוללת כל מה שהוא פתוח מפרשינן דהכי היתה כונתם על כל מה שפתח ע"י החנינה והטובה והטעם השני הוא הלשון ועוד דכתב הרשב"א דהותר תקודם כנודע והוא מטעם דלאו בשופטני עסקינן כו' וה"נ בנ"ד דזה הוללות וסכלות שימחול ראובן לשמעון זכותו אשר יש לו מזה רבות בשנים שירש מאבותיו על אשר לא שאלו דבר ואי משו' דבהסי' הנאה שמרויח לו שנתן לו רשות לפתוח כמה חלונות אין לך שטות גדול מזה שימחול זכותו לאחרי' בלתי שום קבלת הנאה דהרי למחר ידרוש מעמו ויוציא את בלעו ובשלמא אי הוה ניתן לו קצבת זמן מה הוה אפשר לומר דזה היתה עיקר סמיכתו של ראובן והגם דנדון הרשב"א היה ב' ענינים עסק ממון מלוה כו' ועסק אחריו' מכירת השדה לא כנ"ד דהוא על החלון עצמו שנתן לו רשות לפתוח והוא הג'אמליק עצמו הא ליתא מאחר דאסברא לן הרשב"א ז"ל דזה כלל גדו' שהוא אין אדם מוחל על דבר שלא שאלו ממנו וכל מחילה הניתנת בין אדם לחבירו הגם דהיא כללית וסתמית דינא הוי דהיא סובבת והולכת על הדבר שנשא' מהם דוקא וליכא לאוסופי עלה מטעם הלשון מעתה אף דהג'אמליק שהוא זכותו של ראובן הוא באחד מן החלונות הפתוחים וכבר נתחייב ראובן לסגור ולסתו' החלונות מה בכך מאחר דכל משאם ומתנם ובשעת השטר שכתבו ביניהם הוא על צד החנינה והחמלה דבקש ראובן משמעון א"כ סתמו כפירשו דלא נתחייב ראובן לסתום ולסגור אלא עלייהו דוקא דלא הוה מזכותו של ראובן

ועוד עלה על דעתי לומר מאחר דכל טענת שמעון הוא דזכותו של ראובן לא היה כאן באוזרא דחלונות נמצא דהזוכה בעצמו דהיינו שמעון לא ידע אי הג'אמליק היה בחלונות א"כ גשטעם ראובן דטען דלא ידענא בשעת הבנין דהג'אמליק היה במקום עצמו בחלונו' נמצא דליכא לא דעת קונה ולא דעת מקנה במתנה ומחיל' הדבר א"כ באנו לסוג' דפ' חזקת בעובדא דרב ענן דמ"א ע"א דמתבר' משום דכל הכא טעון בטענת מחילה ומתנה דינא הוא דאם בא לקנות הוה ידע באותו דבר הנקנה שפיר זכה ברם היכא דהזוכה בעצמו לא הוה ידע בגוף הדבר הנקנה ולא עלתה ע"ד אי המקנה בעצמו בא בטענה דלא ידע מהימנינן ליה אף דאנן בדידן לא ידעי' אי קדמה ליה ידיעה למקנה או לא עכ"ז כל היכא דהזוכה בעצמו לא ידע לא נעקר זכותו של בעל הזכות דמעיקרא וכ"כ הרמ"ה שם בחידושיו וז"ל ולא תימא הני מילי היכא דמתברר דלא הוה ידע אלא אפי' היכא דהוי ס' לא הויא חזקה כו' יעו"ש מעתה גם בנ"ד מאחר דלא עלה ע"ד של ש' בעל החצר בעידן הקנייה אי בר זכיה הוא ולא נתכוון להיזקי' לחבירי' אלא על עיקר זכותו של ש' שנתן לו רשו' לפתו' חלונות הפונות על רשותו וע"ז הוצרך ר' ליטול קנין לסתום ולסגור וכפי רצון ש' המחייבו בעת ובעונה ההיא א"כ שפיר מהימנינן ליה לר' בעל הג'אמליק דגם הוא לא אסיק אדעתיה בעת ובעונה ההיא של שעת הקנים דהג'אמליק היה באחד מן החלונות

הכלל העולה מכל מ"ש דכפי הני תרי טעמי שכתבנו שורת הדין הוא דאין כח ביד ש' בעל החצר לסתום ולסגור אלא מאי דאתברר דהוא זכותיה דהיינו מאי דהטיב ליה לר' על צד החסד והחמלה דוקא אבל לא זכותו של ר' בעל הג'אמליק מאחר דשניהם יחדיו מודים דלא דברו איש את רעהו ולא עלו על דעתם לא מקודם שעת הקנין ולא בשעת הקנין בענין זכות הג'אמליק כלל וכלל וכפי תורתו של הרשב"א דזה כלל גדול בדיני מחילה ומתנה הניתנת בין אדם לחבירו הגם דליש' דשטרא הוא כולל הרבה ענינים מ"מ המחילה אינה סובבת והולכת אלא על הענינים שהיו עסוקין בעידן המחילה אבל לא על אשר לא שאלו דבר מזה לזה וע' בס' לחמי תודה סי' י"א דרימז הני תרי טעמי הללו בנדון דידיה יע"ש

ונראה דיש לדון על האי כללא דאסברא לן הרשב"א דע"כ לא אמרה אלא דוקא היכא דהענין שאנו דנין עליו לא עברו אותם הדברים לא בעידן המחילה ולא מקודם ברם היכא דהענין שאנו דנין עליו כבר עברו ביניהם מקודם הגם דבשעת המחילה לא עברו ביניהם מאותו ענין מ"מ אם המחיל' היא כוללת ובא הנמחל בטענה דזה היתה כונתו לשאול ממנו מחילה כוללת לכלול גם כן התביעה ששאל ממנו מתמול שלשו' כל כה"ג נר' לכאו' דשפיר מקיימינן המחילה כפשטא ודבר זה היה נר' ללמוד מתשו' מהרי"קו שורש יו"ד וז"ל ע"ד המחילה והפיטור שעשה יעקב לאשתו וכתוב בו הריני מרוצה מאשתי ממה שהיתי תובע ממנה הן שתלך עמי כו'

הן

ממה שהייתי תובע לקבל גט ממני מכל אלה ומכלם התביעות וערעורים שהיו לי עליה מעולם עד היום הזה הנני פוטר אותה כו' ויש להסתפק הם משמעותו מכל שאר תביעות וערעורים דלא שייכי לנ"ה שקדם שאלת תמכה שתהיה עמו כו' או אם נאמר דמשמעותו דוקא מכל תביעו' דשייכי למה שקדם כגון שהגיע אליו היזק או גרם היזק ממה שלא רצתה להיות עמו כו' ועי"כ אני אומר דאין מקרא הסטר יוצא מידי פשוטו דודאי הלשון משמ' שמכל תביעו' פטר את אשתו מדלא פרט

ואמר מכל תביעות השייכים למה שלא רצתה להיות עמו כו' ועוד כתב להלן וז"ל ואשר רצה הדיין ליפות כח יעקב באומרו שלא תבע מעולם תביעת ממון לפני הפיטור וכי רהל אין מכחישתו כו' והוי נחי' בטעות לא ידעתי כו' ועוד אע"ג דלא הכחיש' שלא תבע' מעולם על הממון מ"מ לא הודית שהיה אמת כו' אבל מ"מ שאמת הוא שתבעה גם על הממון כו' וגם מש"ל הדיין שצריכה שבועה שהוזכרה כו' אין נלע"ל דאפי' היה כן מ"מ כיון דפטרה מכל וכל אין זו מחילה בטעות כו' עכ"ל מתברר מתור' הסקל' וטריא של מהריק"ו דלא אשכח מקום פטור לכפור את האש' אף שלא הוזכר התביעה בשעת המחילה אם לא שהית האשה היא טוענת דאמת הוא שהתביעה מקודם המחילה והפיטור תביעת אותו ממון שהם דני' עליו ואילו היתה מודית האשה לטענת יעקב בעל' דמעו' לא עברו ביניהם תביעת הממון אף מקודם הפיטור והמחילה הוה חשבינן ליה מחילה בטעות הגם דלשון המחילה והפיטור הוא כללי מכל התביעות וכנז' שם וכדברי הרשב"א ז"ל דאין אדם מוחל ממה שלא שאלו ממנו גרס היל' דכבר עברו ביניהם מקדם קדמתה אותה תביעה הגם דבשעת המחיל' והפיטור לא נשא' מזת המוחל על אותה תביע'. מ"מ מה נכך מאחר דשטר המחילה והפיטור המוכג קמן היא פיטו' כללי דיינינן כמשפט הלשון גם תשו' הרב כנה"ג ח"מ ח"א סימן קס"ב שהיה בעין נדון הרשב"א וקיים הרב כנה"ג המחילה הכללית וביטל שטר שאחריו' דמכיר' כו' יע"ש היינו נמי מה"ט גופא דטענינן ליתמי דילמ' עברו ביניהם מקודם המחילה ביטול שטר אחריות או שמא אף בשעת המחיל' אלא דמדסמיך הר' כנה"ג על תשו' מהריק"ו משמע משום דהת' עברו ביניהם קודם המחיל' ומעתה אין דברי הרשב"א שאמורים לעיל מנגדים לתשו' הרב כנה"ג וכאמור

ואיברא דיש לדון ולומר דאיכ' לאדחוי דע"כ לא שמעינן מתשו' מהריק"ו דהגם דבשעת הפיטור לא הוזכר ענין אותה תביעה שהם דנין עליו עכ"ז היכא דמעולם הוזכר התביעה ביניהם מקודם הפיטור למהנית היינו דוקא היכא דהלשון הפיטור והמחילה הוא יותר ויותר כללי כלשון הפיטור דנדון מהריק"ו מכל התביעות וערעורים שהיו ביניהם מעולם ועד כו' לא כן בלשון הפיטור הנז' בדברי הרשב"א שהוא מכל דבר וכל שעבוד כו'. שאפשר דמשמעותו הוא ואותו דבר וענין שהיו מדברים בשעת המחילה והפיטור ממש לא מה שלא נדבר מזה בשעת הפיטור הגם דכבר עברו ביניהם אותה תביעה

ואיך שיהיה העולה מה"ט דאין כח ביד שמעון דנ"ל לעכב ולמחות ביד ראובן שלא יפתח הג"א מליק אשר היה לו מימי עולם על הכירו של ש' מהני תרי טעמי דכתיבנ' ואיבר' דראיתי להרב מהרשד"ם ח"מ סימן ז' דנשאל על שטר שהיה כתו' בו שנתחייבו ש' ולוי לר' ס"מ שהם מנכסי זבולון ואחרי עבר זמן החוב למו עשרים שנה תבע ע"י המורשה החוב כו' מן שמעון ולוי כו' וטענו שכבר פרעו והראי' דמאז ועד הלום עברו ביניהם כמה עסקים כו' ועוד טענו דכבר מחל ראובן לשמ' ולוי כל מין תביעה כו' וראובן טוען דלא היתה המחילה רק על התביעות שהיו לו מכל עצמו אמנם שטרו של זכות וזבולון לא נכלל כו' והשיב וז"ל לזה אני אומר דכיון שכתוב בשטר המחילה כל מין תביע' הרי זה בפי' שמחל אף חוב זבולון דאי לא תימא הכי היה לו לכתוב כל תביעה מדכתב כל מין תביעה הרי חוב זבולון בכלל וכיון שהם קבלו פר' וראובן מחל להם המחילה קיימת יע"ש

הרי לדגם דבעת ובעונה של המחילה לא עברו ביניהם על חוב זבולון כלל ועיקר מדלא באו בטענה שמעון ולוי נגד ראובן והשטר הוה מסיעתם לפי טענתם עכ"ז פשיטא ליה למהרשד"ם דזכה הנמחל מטעם הלשון הכתוב בשטר כל מין תביעה כו' דרצה לכלול בהאי ליסנ' מיני מיניה של תביעות וטענות ונדון הרשב"א שאני דלא הוה כתיב ביה בשטר המחילה מין שעבוד והה"נ אילו הוה כתי' ביה מין שעבוד אמרינן דרצה לכלול אף מן שעבוד אחריות הגם דמשאם ומתנם לא היה אלא על עסקי הלואות ושותפות מ"מ האי ליסנ' השיבא כאילו דברו בשעבוד אחריו' בפרטו' ומעתה אף אנן נמי נימ' מאחר דכתוב והודה איך אינלו בפתיח' החלו' שום מיוחזקה כלל כו' דהאי ליסנ' מורה ובא דבא לכוסי' מיני' אחרי' של הזקה אףמה שאין עסוקי' במעמד המחי' והפיטור דאי לא אמאי כתביה וקו' לכאורה מנדון מהרשד"ם דהתם דלא שייך מחילה דמחלי אינשי אלא בממוניה לא בממונא דחבריה כי התם דכבר קדמם להו ידיע' דהמעות לא היה אלא של זבולון דוקא ולא של ר' מדלא באו ש' ולוי בטענה אלימת' באמרםדמאן לימא לן דהאי ממונא דזבולון הוי ולא ממונא דילןוכתב' השטר ע"ש זבולון לשום סיבה ידועה אצלך אלא ודאי דהוה בריר להו דזכותו של זבולון הוא ועכ"ז יען דהוה שייך ביה ר' בתביע' דיינינן ליסנ' דשטרא דבא לכלול אף ממונא דחברי' כ"ש דדיינינן דבא לכלול ליסנא דשטרא בממונא דיליה

ואיברא דעמדתי אגב גררא בדברי הרב מהרשד"ם שבמה שרצה להסתייע עצמו מדברי הרשב"א כו' דלפי הנר' לא ראה הדברים בשורשם דהרואה יר' דברי הרשב"א בשורשם בסימן תתקכ"ז אינו אלא בידיעה ביניהם דהממון היה מן המוחל ממש ולא כתביה ע"ש לוי אלא לשום סיבה ואדרבא איפכא משמע' לה מדברי הרשב"א ז"ל כמובן ואחר החיפוש ראיתי להרב ה"ש סי' ס' הנב"י דרינו לן תשו' הרב משאת משה דעמד על דברי הרשד"ם הללו יע"ש ואיך שיהיה הדרן לנ"ל דאיכא לדון מדברי מהרשד"ם דהאי ליסנא דמין תביעה אלים להוסי' במחיל' אף ענינים אחרים דלא היו עסוקי' בהם

בהם המוחל והנמחל בשעת המחיל' ומינה לבאורה לנ"ד שפיר איכא למילף

אפשר נלע"ד לחלק ולומר דע"כ לא אמרה הרב מהרשד"ם להך דינא אלא דוקי' בהם משום דהנמחל היה מוחזק שפיר אית לן לשיועי בכל דהוא בהאי מהמעות ליבנא אמנם בנ"ד דר' בעל הג'אמליק הוא מוחזק בשלו דהכבר פתוח ועומד וש' בא לסתום עליו הראיה ועוד נ"ד שאני מטעמא בתרא דכתיבנא דש' הזוכה לא נתכוון לזכות כו' וכנז"ל ברם בההיא דמהרשד"ם אין כאן העלמה ואיכא למימר דהמכי ש' ולוי בעידן המחיל' והפיטור על ליבנא דשערא דכך ביטא בשפתיו ר' באומרו שעם כל מין תביעה ומשיט להו דבא לכלול אף חובו של זבולון והו הנלע"ד

אסוף דינא נבא סלקינן ובהא נחתינן דאין כח ביד שמעון לסתום ולסגור אלא זכות שלו דהיינו מאי דהטיב לו על צד החסד והחמלה לא הג'אמליק שהוא זכותו של ראובן ונחלת אבותיו וככל הרשום בכתב הנלע"ד כתבתי

הצעיר **אליעזר די טולידו** ס"ט

סימן עג

שאלה ר' הוציא מעות לש' לשיתוף ובזמן הפירוד ראה ר' בעל המעות שאכל שמעון את כספו נתן עיניו ליטול מעותיו שארית נהלתו ובא שמעון ואחילה פניו של ר' שלא יפריד השות' ואי משום שאתה מתיירא כבראשונה אני נותן לך קבלן גמור כתקו"ל ובא לוי אחיו של ש' ונעשה קבלן גמור על כל מה שיאכל אחיו מסך ל' גרוש' לשבוע ולמעלה כל הנותר מסך הנז ומעלה ואפי' עד סך חמש אלפים גרוש' בלי גוזמא רמ"ג כו' ועל זה נתרצה ר' ונתן לש' ס"מ ונשא ונתן בהם ויהי לתקופ' השנה ובאו לחש' ואכל ש' ממעות השות' מסך ל' גרוש' ומעלה קרוב לחמש מאות ובא ר' ותבע בפנינו ב"ד ללוי הקבלן שישלם לו הסך הנז' מדין קבלן כמו שנתחייב ולשאול הגיעו לפנינו ב"ד

תשובה לפום ריהטא נסתפקנו דלא מצינו חיוב ערבות אלא היכא דהלוה כבר חל חיובו מע"כ על ידי ההלואה וכבר נשתעבדו נכסיו הכא ומיד ומאחר דחל שעבודו של לוה חל שעבוד הערב והקבלן ברם היכא דעתה בשעת הנתינה אין כאן חיוב ושעבוד של לוה אלא לאחר זמן כשיאכל מן הקרן א"כ אפשר דבאנו לטענת אסמכתא דסמיך הערב אדעתיה שלא יאכל ואע"ג דכל ערבות אינו אלא אסמכת' וע"י טעמא דעל פיו הוציא ממון מסתלק האסמכתא היינו דוקא בגוונא דכתיבנ' ואין לך בו אלא חידושו

ואיברא דזה ימים. ושנים נסתפקתי בזה בקונט' הזכרונות אשר לי דקלי"ו על ערבות דמשכנתא לחלוקה דנפילה ושרפה דמאחר דבעידנא דערבות הבית על עומד' הי' עומדת ונור'

לא עדת בה ואין על המשכיר עדין שום חיוב ושעבו' מזה כלל אלא לכשיפול הבית או תשרף אזי חל חיוב המשכיר לשלם א"כ אפשר דבאנו לדין אסמכת' ואין ראיה משגרת הרמב"ם פכ"ה וז"ל ערב שעירב עצמו ע"ת אע"פ שקנו מידו לא משתעבד דזו אסמכת' היא כיצד אמר לו הלוהו ואני ערב אם יהיה כרכו' שכל החולה שעבודו שאינו חייב בו נאם יהיה כו' לא גמר ומקנה יע"ש דנמצא דאע"ג דכל ערבות הוא נאם וכל דאי אסמכת' היא ואעפ"ך משתעבד והוי טעמא משום דעל פיו הוציא ממון לימדנו רז"ל לו' אין לך בו אלא חידושו ודינו למעט ולהפוך בזכותו של ערב דהאמת אתו דסמיך דעתיה עילויה דלא יבא הדבר לידי פרעון באיזה סיבה כל דהו' ומינה אפי' לו' בגוונ' דנ"ד והויא דערבות דמשכנת' נמי דאיכא למי' דמאחר דלא דמיא לערבות דעלמ' וכאמור

האמנם הרואה ירי' דרב המרחק מדברי הרמב"ם דמאחר דהכבר פירש לן הטור סי' קכ"ח סעי' י"ג וז"ל ואע"ג דכל ערב הוי אסמכת' דאמר אם לא יפרע כו' שאני כל ערב שלא חלה שעבודו בדבר אחר ובההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומקנה אבל הכא כיון שחלה שעבודו בתנאי לא גמר ומקנה יע"ש

באופן דאסבר' לן הטור דהגם דהכבר חל חיובו ושעבודו של הלוה מעתה מ"מ כיון דהערב לא קביל עליה הערבות אלא בתנאי אם יהיה דנמצ' דהערב התרה בו במלוה דהגם דעל פי דבורו ומאמרו הוצי' ממונו ולא על אמונתו של הלוה הלוהו עכ"ו כיון דהערב גילה דעתו דאינו משתעבד אלא ע"ת פ' וע"ז הוציא ממנו המלוה הר"ז קביל עליו דאין שעבודו של ערב כשעבודו של הלוה דשעבודו של לוה חל מעתה ומע"כ ושעבודו של ערב הוא תלוי ועומד וא"כ מה דמות יערוך להאי דינא דהרמב"ם והכלל מוסכם בידינו דאפוסי' פלוגת' לא מפסינן דהא הראב"ד ודעימיה חלקו על ס' הרמב"ם וס"ל דאין בערבות דין אסמכתא כלל באיזה אופן שיהיה ודיינו לו' דהרמב"ם דנטו אשוריו וס"ל דאיכ' אופן דערבות דלא ניצול מדין אסמכתא אינו אלא בגוונא דאסבר' לן הרמב"ם דאין שעבוד' של הלוה והערב בהדא מחתא אלא שעבוד הלוה מוקדם וקדי' קודם ביאת שעבו' של הערב האמנם היכא דבחדא נפקין שעבו' הלוה והערב ובחדא מחתא מחיתנהו וילכו שניהם יחדיו בכל כי האי ליכא שום פלוג'נין הראשונים

ואפשר למסמך ס' זו מדברי רי"ו ז"ל הביא דבריו הב"י סי' קכ"ט מחו' ו' וז"ל הנותן מעות לתחלית שכר ועשה ערב בשנה אע"ג דלאו מידי חסריה כיון דלא מלוה עבי' משתעב' בלא קנין עכ"ל הרי דהגם דהמתעסק לא חל חיובו אלא אחר עידן ועידנין דבא השנה ושלח ידו המתעסק והזי יחדיו ידובקו חיוב שניהם גם יחד שעבו' הלוה והערב משתעב' ומינה נמי לגוונא דנ"ד ולא עמדו האחרוני' ע"ד רי"ו אלא מהני תרי טעמי דשב"ל ודבר שא"ק ברם טעמא דהאסמכת' לא אתו עלה מוכח דמפשט

דמפשט פשיט"ל דאין כאן דין אסמכת' והכי מוכ' נמי מדברי ראב"יה הו"ד המרדכי פ' הרבית סי' שנ"ג ומרן ב"י ביו"ד סי' קס"ע ותור"פ שם דישר' דנתערב בעד הגוי עבור הקרן והרבית אם נתחייב בקנין מחייב לשלו' מדין ערב יע"ש וראב"יה לא חלק עליו אלא מטעמ' דגוי בתר ערבא אזיל יע"ש מוכח מדבריה' דהגם דלא נשתעבד בדמי הרבית הלוה אלא אחרי מופלג כאשר התנה עמו שהגוי לפי אריכו' הזמן שישהא במעותיו עכ"ו מתחייב הערב דכיון דחל שעבו' של לוה חל שעבו' של ערב נמי ואין להבי' ראיה מת' הרשב"א רימוז מרן ב"י שספי' קס"ט מהו' ה' יע"ש להכנה"ג אות כ"ג ובס' מע"ש אות כ"א דרב המרחק

באופן דכפי האמור שפיר מחייבי' ליה לקבלן בנ"ד ולא שייך דין אסמכת' וכאמור וגם יש להביא ראיה ממעשים בכל יום דדייני דייני וכמו שמתבאר מת' הר' מיפ רבים רמוז הר' מפ"ש סי' קכ"ט יע"ש וגם אנן בדידן הכי דיינינן בשטר שכירו' הכתוב בו ערבות דאם לא יפרע השוכר קצב השכירו' יפרע מן הערב דמחייבינן ליה ומחייבי' ליה לערב לשלם במיטבא כל דמי השכירו' שעלה השוכר עד זמן התביע' אף דבשע' שירד השוכ' לדו' בבית עדין לא מחייב השוכ' באותו שכירות אלא ודאי כדאמרי'

ועוד אעיקר' דדינ' לא ניחא ליכתב כלל כל מאי דכתיבנ' ולימ' וליתן בהאי דינא אי שייך דין אסמכת' כגוונ' דנ"ד דהא בנין אב דילפי' מיניה דליכ' בערבות דין אסמכת' הוא מערבו' דיהודה שביע' בהפתיו אנכי אערבנו כו' והתם לא חל חיובו אלא אחר שיקראנו אסון וליתיה בעולם ברם כל היכ' דאיתיה בעולם אין כאן חיוב ושעבוד כלל וערבות דשומרי' נמי הכי הוי דאחר שנגנב ונאבד או אירע אונס אזי חל שעבוד השומר והערב כא' שניהם גם יחד

הכלל העולה מכל מ"ש דאין כאן שום ספק בגוונא דנ"ד לפטור את הערב מדין אסמכתא כלל וכך עלתה הסכמתינו ועשינו מעשה וחייבנו לקבלן ופרע לראובן כנראה לע"ד פי המדבר

הצעיר **אליעזר רי**
טודירן ס"ט

סימן עד

יש מי שכתב דהא דאמרי' דאין נשבעין ע"ט שמא הוי אפי' דרוצה הנתבע עצמו לישבע ולאמת דבריו ומהר"ש יונה בא' סי' כ"ה חלק על סברה הלזו ועי' להרב כנה"ג סי' ע"ה הב"ט אות פ"ו שכת' דכל מי שפטור בלתי שבועה כגון הא דאין נשבעין ע"ט שמא הו במקום דאיכא פלוגת' אי חייב לישב' דמצי המוחזק לומר קי"ל כמאן דפטרני לא מצי המוחזק להיוני' נפשי' לישבע משום דאיכא איסור ש"ש א"ו לבטלה דלמאן דס"ל דפטור א"כ טורח שבועה זו למה עכ"ל יע"ש

ואני אומר דאחר המחילה לא שמעינן ליה להר' כנה"ג בזה דהלא רבינו יהונתן ז"ל הביא דבריו הרב בא"ן למכלית' פ"ק ד"ין פירש הסוגי' דאמרו אבל חייב עצמו שבוע' כו' היינו כגון שהי' טוענו כלה שמא ואמר הנתבע לב"ד אעפ"י שאין אני חייב שבוע' אעפ"י כן אשבע לו עכ"ל הרי בהדיא כדברי הרב מהר"ש יונה ז"ל גם מדברי הרא"ג"ד שהביא הרב בכללא שם דפירש הסוגיא נמי שטוענו עבדי גנבת והוא אומר לא גנבתי ולא החזיק שני חזק' דהי' הדין דהי' יכול הנשבע ליטול בלא שבוע' וחייב עצמו שבוע' ליטול העבד יע"ש ולפי דברי הרב כנה"ג אם ממונא דילי' הוא ולמ' ישבע גם מדברי הרמב"ם ז"ל פ"ז מהל' סנהדרין ה"ה והטור סימן כ"ב שכתבו דמי שלא היה חייב שבוע' ואמר אשבע לך אם קנו מידו אינו יכול לחזור בו יע"ש מוכח היפך דעתו של הר' כנה"ג והיש מי שכתב ז"ל סוף דבר לענין דינ' דיינינן היפך דעתו של הרב כנה"ג והיש מי שכתב ואין להקשו' על הרב ז"ל מגופא דשמעתין דיש נוחלין דע"כ לא אמרי' הרב ז"ל אלא כגון ההיא דהיורש דאמר לי אבא כו' דלדעת הרמב"ם ז"ל אף ממונא דנתב' הוא מוציא מן היורש א"כ איכא למימר אם הלכ' הרמב"ם טורח שבוע' זו למה אבל ההיא דיש נוחלין דממונ' דנתבע היא ונתרצ' הנתבע שישבע התובע ויטו' כה"ג לא אמר' הרב ז"ל וכתבתי זה ימים . (**א"ה** נעי' דברי הכנה"ג הללו ע' להרב יורשי הים ח"ג דל"ל ע"ב ועי"ד מאי דהאריך הרבה בראיות היפך דעת הרב כנה"ג ואייתי בידיה דברי הטור דסי' כ"ב שהביא כאן הר' המחבר יע"ש ודל"ה ע"א ד"ה זאת תו' העולה כו' ע"ש

סימן עה

נשאלתי לענין בכור' אי הוצאת התכריכין וקבור' והמצב' של המורים ושאר הוצאו' השייכין למת אי הבכור נמי חייב לתת בהוצאו' הללו פי שנים או לא

והנה לכאור' נראה לפום ריהטא דפטו' הבכור לתת להוצאות הללו פ"ש ולא דמי לילא עליהם שט"ח דמחוייב לתת ב' חלקים דשאני התם דנשתעבדו נכסי מורישו מחיים קודם שחל זכו' הבכור' אמנם בהוצאות הללו דאין החיוב אלא על היורשי' ולא על מקבלי מתנות וכמ"ש הרא"ש בתשו' ופסקוה הטור ומרן ח"מ סימן רנ"ג סל"א בהל' מתנת ש"מ מי שנתן ממונו מתנות הרבה ושייר מעט ליורשיו היורשים חייבים לקוברו יע"ש ורמזו הרב ש"ך י"ד סי' שמ"ח ס"ק ד' וכבר כתב הרב כנה"ג ח"מ שם הגב"ט אות קי"ח דהגם דהרא"ש ז"ל נקיט בלישניה מתנ' ברי' לא תימא דוקא מתנת בריא דחלה מחיים הוא דאין המקבלי מתנות חייבים אבל מש"מ דהויא לאח' מית' וכירושה שויוה רבנן אימא דמחויבים בהוצאת קבורתו ומינה גם חלק בכורה דמתנה קריה רחמנא מחייבינן ליה דהא ליתא וכמו שהכריח הרב כנה"ג שם דלא שנא מתנת בריא ולא שנא מתנת ש"מ אין החיוב אלא על היורשים ולא על המקבלי מתנות וכבר אמרו בגמ' פ' יש נוחלין דקכ"ד ע"א דחלק בכורה מתנה קריה רחמנא דכתיב לתת לו פ"ש מה מתנה כו' ומה"ט אין הבכור נוטל פ"ש בשבח ששבחו הנכסים לאח' מית' אביו דלא זכה בה הבכור עד שתבא לידו אשר מה"ט

הם

זה אמר איני נוטל ואיני נותן ראשי וכמ"ש רשב"ם דתרתי שמעינן מיניה מרבנן כו' יעו"ש

ומ"ש רשב"ם שם דקכ"ו ע"ב ד"ה והלכתא יש לבכור קודם חלוק' משום דמתנ' קריה רחמנא ומתנה האב נתונ' לבכור עכ"ל הכוונה דאם ירצה יזכה בחלקו אף קודם חלוקה ולא כמ"ד דאין לבכור קודם חלוק' דבעד שעת חלוקה ומש"ה לא זכי בהו אף אם ירצה לזכות וכמ"ש רשב"ם שם ע"א ד"ה יש לבכור כו' וע' להסמ"ע סימן רע"ח ס"ק כ"ג וע' בדברי הר"ן ז"ל שהביא הרב ב"ח שם פ' י"ן דע"א מהס' ע"ח וע"ב ומש"כ ר"י בעליות שביא דבריו הרב ב"ח שם דפ"ו מה"ם ע"ד מהם יש מפרשים וכיון דכ"ג לאורה דפטור הבכור לתת חלק בהוצאות הללו של המת מחלק בכורתו דהא לאו בתורת ירושה וכינהו רחמנא לבכו' אלא בתורת מתנה דוקא וא"כ כבר כתבנו דמקבל מתנה פטור מהוצאות המת וכאמור

ואיברא מאי דאיכ' לעיוני הוא דלפי זה נמצא דהעדי' רחמנא חלק הבכורה מחלק הירושה ולא משמע הכי מתלמודא אלא דרחמנ' לגרועי חלק הבכורה בא ולא להעדי' ולאלים כחו בא והא דקיל"ן דאם בא ואמר איני נוטל ואיני נותן ראשי לאו משום דעדיפותא הוא אלא משום חלישות כח בכורתו מחלק ירושתו הוא וע' בתשו' מהרש"ך ח"א סימן כ"ך דת ודין סימן י"ב

ודאיתי למהר"י אדרבי סימן קע"ו רמזה הר' כנה"ג שם הגב"ט אות ל"ה דנשאל אם הבכור נותן פ"ש בעשור נכסי והרב ז"ל מעיקר' צידד לומר וז"ל וכ"ש שלע"ד כמדומה לי היה אפש' לומר שלא יתן הבכור ב' חלקים דעיקרא דאמרינן יצא עליהם שט"ה דנותן הבכור פ"ש לפי שהנכסים נשתעבדו מחוב אביהם הכל עישור נכסי אין החוב על אביהם אלא החוב הוא ליתומים כו' אלא דלפו' דינ' הסכים הרב ז"ל דיתן הבכור ב' חלקים דאם יתן הפשוט זוז כבכור נמצא שנותן יותר מעישור הנכסי' שנפלו לחלקו כו' יעו"ש והשתא אם איתא דדינ מתנה גמורה איתים בחלק הבכורה והעדי' רחמנא חלקו של הבכורה א"כ מאי קאמר הרב ז"ל דמחייב הבכו' לתת ב' חלקים דאם יתן כו' כלא כך היא המידה דאין שום חיוב למקבל מתנה לתת שום פרוטה אלא החיו' הוא על היורשים וכיון דכן ליכ' יתרון לפשו' מעשו' נכסים שנפלו לחלקו וזה לא שנאמר כמ"ש דפשי' ליה להרב דלגרועי קריה רחמנא מתנה ולא להעדי' כחו וכדאמרן והשת' דאתינן להכי משמע דנפשט' הש"ס' והוא דכבר השמיענו מהרימ"ט ז"ל ח"א סימן כ"ט הביא דבריו הרב כנה"ג אה"ע סימן קי"ג והסכים עמו הרב זרע אברהם ח"מ סימן ל' דהעשור שנותנים האחים הוא ממה שנשאר חוץ ממה שנתפזר לצורכי קבורתו של האב והביא ראיה ממ"ש בגמ' עד כמה עשור נכסי משמע שהוא מהנכסים שיורשים הבני' חוץ מן ההוצאות עכ"ל וא"כ אם נאמר דאין הבכור נותן חלק בהוצאות המת נמצא דהיכי דאיכ' בנות שנוטלי' הבנים ע"כ ובהכי' חלק הבכור הוא ב' חלקים והפשו' חלק אחד דאם. לא נמצא דנותן יותר מעישור וכלדברי מהר"י אדרבי ז"ל אלא נותנין הפשוט חלק א' והבכו' ב' חלקים וראשית הכל מוציאים ההוצאות של צורכי קבורתו של המת וממה שנשאר הם נותנים עישו' ואם אין הבכור נותן חלק בהוצאת המת נמצ' דמתרב' חלק הבכורה ומתמעט חלק הפשוט ומפני נתינת עישור ואטו דינ' הוא שנותן יותר מעישור נכסי שירש אלא משמע דלא העדי' רחמנ' חלק הבכורה מחל' הפשו' כלל ולא קריה רחמנ' מתנה אלא לגרועי וכאמו' הנלע"ד כתבתי

הצעיר **אליעזר ן' טולידאנו** ס"ט

תשו' זו שייך לאה"ע ומפני שרוב דינים היוצאים ממנה הם שייכים לח"מ כתבתיה כאן

סימן ע"ו

שאלה ראובן שמת והניח מאשתו הראשונה בן אחד מביתו שמתה בחיי ראובן אביה ושתי בנות מאשתו השניה ושוב מתה האלמנה אם הבנות יורשות בלתי שבועת אלמנה יורינו מורנו מה יהי' משפט הירושה לכתובתה ולנדונייתה

תשובה מה שיש לצדד לכאורה בנ"ד הוא דכיון דאלו ואלו יורשים הוו דהללו באים לירש והללו באים לירש לא דמיא למאי דקי"ל בעלמא דאלמנה שמתה ולא נשבעה שבועת אלמנה דאין יורשיה יורשים כתובתה מטעם דאין אדם מורי' שבועה לבניו דהתם באים להוציא מחזקת היורשים הראוים לירש ואין יורשיה יורשי כתובת' ראוין לירש אמנם בנ"ד דגם יורשי הכתובה הם יורשין את אביהן נימא כיון דהם מוחזקים מצו לומר כיון דאנן בלידן מוחז' אנו בנכסי אבינו אנו מעכבים בעד אמנו חוב גבית הכתובה

ברם גם לזה מנן שויא לכאורה דהא מאי למטען בן הבת כנגד הבנות דלא האניא תקנת היורש להיותו מוחזק אלא דוקא כנגד חלקו לא בכולו אף כנגד חלקו של יורש האחר דהא במנה זה שזה כבר נחל חלקו של מוריש וטוען אין לי מחצית המנה הנשאר הנוגע לחלקך בעד חוב גביית הכתובה דשמא לא התפיסה אבינו לדרי ולא נגבתה מכתובתה כלום ונשתעבד המנה לפרעון כתובתה נמצא דלא בא בטענ' ירושה אלא בטענת חוב שיפרע לו היורש שכנגדו א"כ מאי למטען היורש האחר דהיינו בן הבת הבא ראים לשולית מה שנוגע לחלקי מכח ירושת אבינו

ועוד ע"ד להביא ראיה לזה ממ"ש הרמב"ם פי"ט מאישות דין ט' אחת נשבעה ואחת לא נשבעה זו שנשבעה בניו יורשין כתובתה תחילה והשאר חולקין אותו בשוה עכ"ל ואם איתא דאהניא ליה ליורש חזקתו להיותו חשיב מוחזק כנגד כל הממון א"כ אמאי לא יחזיקו את יורשיה של זו שלא נשבעה במחצית הנכסים בעד כתובת אמם אף שלא נשבעה מאחר שהם מוחזקים מכח ירושת מורישם והוי דומיא כנ"ד אלא ודאי צריך לומר דשמעינן מדברי הרמב"ם דלא האניא ליורש חזקתו כיון דבא בטענת אחרת להיותו חשיב מוחזק אלא חשיב כאילו נפרי לגבי אותה טענה

ודאיתי

וראיתי למהר"י באסן ז"ל בתשו' סימן ע"ח והובאו דבריו בתשו' מהרימ"ט ח"מ סימן ט' דנשאל על ראובן שמת והניח קרקע שהיתה דרה בו האלמנה והיורש ומתה האלמנה בלתי שבוע' האלמנה ובא ב"ח של ראובן וקא תבע מיורש שיגבה לו הקרקע שירש מאביו דאף דכתובת האלמנה קדמ' בזמן לשט"ח מ"מ מאחר שלא נשבעה כבר נסתלקה משעבוד כתובתה של קרקע זו והשיב דאין הב"ח יכו' ליפול בחובו הקרקע שהרי הקרקע הוא בחזקת היור' משמת אביו והוא חייב לפרוע חוב אביו והוא עצמו היה חייב לאמו כתובתה א"כ כשמתה אמו הוא החייב והוא הנושה כו' והרי הוא תפוס ועומד כו' ואי קשיא מ"ש הרמב"ם כו' אחר העיון נראה דלא קשיא דלא אמרן דהיורש מוחזק אלא לגבי ב"ח אבל כפים בגביית החוב דבר הנוגע לו לאחיו שהוא יורש כמוהו וידו אוחזת אפי' בחלקו כו' דהוו כשותפין שהם אחראין ול"ו והיורשים נמי הם אחראין ול"ו כו' ואינו מוחזק עכ"ל הנך רואה דאף דפשיט ליה להרב ז"ל דחזקת היורש הוי כתפיס בעל כתובת אמו עכ"ז בשני יורשים כנ"ל לא מהניא ליה חזקתו להיותו חשיב מוחזק ואיבר' דטעמו של הרב ז"ל אינו כטעמא דכתיבנא

אמנם מה שעומד לנגדי הוא מ"ש הרב מהרימ"ט שם סי' יו"ד על מ"ש מרן ב"י ח"מ סימן ק"ו מהולש ו' משם ת"כ על ראובן שמת ותפסה האלמנה קצת מטלטלי לכתובתה ואח"ך מתה וירשוה בניה ובא ב"ח של אביהם ורוצה לגבות מאות' מטלטלין שתפסה האלמנה והם אומרים מאמנו ירשנו נראה דלא מצי הב"ח לגבות מאותם הנכסים לפי שהתפיסה שתפסה אמם בכתובה היא תפיס' גמורה עכ"ל דמוכח מזה דלא מהניא תפיסת היורשים אם לא משום דתפסה אמם מקודם ותרי' לה הרב מהרימ"ט דסמ"כ מיירי דנכסי יתמי הוו מופקדים אצל אחרים דאין היתומים מוחזקים בהם יע"ש הרי דהרב מהרימ"ט ז"ל חידש לן דלא אמרו נכסי בחזק' יתמי קיימי אלא דוקי' במה שהם תחת ידן דוק' לא כשהם ביד אחרים ואי לאו תפיסת אמם היה זוכ' הב"ח ולא הוה מהניא חזקתם ובנ"ד נמי הנכסים קיימי ברשות אחרים ואינם תחת ידם וממילא מצי' לתבוע כתובת אמם לזה אמינ' דהא ודאי בורכ' היא דע"כ לא אמרה מהרימ"ט אלא דכיון דאינם תחת ידם מצי ב"ח לגבות מאותם נכסים מכח שטרו דזו הוכחה גמורה דעדין לא פרע אביה' ברם בנ"ד דהאשה הוא שהתפיסה לררי ונתפרעה כתובתה מה כח יש ביד הבנות להוציא מחזקת היורש אי משום דאין היור' חשיב מוחזק מטעם דהנכסים קיימי ביד אחרים ואינם בידם א"כ נמצא דהבנות ג"כ אינם תפוסות כלל ואי חשבת ליה ליורש מוחזק אף כשהם ברשות אחרים א"כ באנו למ"ש למעלה מדברי הרמב"ם ז"ל

ואיך שיהיה הוכחנו למ"ש דבשני יורשי' דהאח' בא בטענה אחרת דאינו מענין הירושה לא חשיב מוחזק אלא יורש שכנגדו אמנם משמע דלאו כ"ע מודים בזה דהנה ראיתי להרב כנה"ג בתשו' ח"מ ח"א סימן ר"ו דהביא משם הרב המבי"ט דס"ל דהיכ' דאיכא ספיקא בענין בכור ופשוט אי הני נכסי הוו ראוים ולא חל דין בכורה כתב הרב ז"ל דלא הוי הפשוט מוחזק ולא מבעיא כשהנכסים אינם ביד הפשוט אלא אפי' אם הפשוט מוחזק הוא ותפו' ועומד בנכסים עדין ברשות שניהם קיימי כיון דקי"לן כלם' ירושה אפי' אחד מהם מוחזק אין מועיל לו חזקתו יע"ש דמשמע דאף דהבכור בא להוצי' מהיור' שכנגדו ממה שנוגע לחלקו מכח ירוש' עכ"ז לא חשיב מוחז' הפשוט גם הרב משפטי שמואל הביא לדבריו הרב הבי"ב שם מודה להרב המבי"ט היכא דהנכסי' אינם ביד הפשוט אלא הם ביד אחרים יד שניהם שוה בהם האומנם הרב כנה"ג חלק עליהם דאפי' דהנכסים אינם ביד הפשוט עכ"ז הפשוט מוחזק כיון דהספק הוא אי איכ' בנכסים הללו דין בכורה או לא משום דהוא ראוי בהא ודאי הפשוט הוא המוחזק אפי' דאין הנכסים בידו אלא ביד אפוטרו' דע"כ לא כתבו רבינו ירוחם ודעימיה דבב' יורשים כו' היינו בב' יורשים שידם שוה בנכסים כגון ב' פשוטים או ב' בכורו' שאין לזה עדיפות יותר מזה יע"ש ואיברא דלא דמי ענין בכור ופשוט להיכא דהיורש בא בטענה אחריתי כגון חוב או מתנה דאימא דאף הרב המבי"ט והרב מ"ש אזלי' ומודו ליורש הבא להוציא מיורש שכנגדו בטענת חוב חשי' כאיש נכרי ועליו הראיה ובכורה שאני דלהכי' דנכסים הללו אינם ראוים לא חל עליהם מעיקר' חזק' ירושה כמו בעלמא בחוב דאף דהחוב הוא ברור שהי' חייב אביהם מ"מ היורש יורשה ברם בבכורה אינו כן

ואף דאמרינן בגמ' בפ' יש נוחלין דקכ"ל ע"א מתנה קריה רחמנ' כו' ופי' רשב"ם שם ד"ה שאם אמר איני נוטל כו' דמדכתב לו שמעי' דלא זכה בה הבכור עד שתבא לידו כו' יע"ש וכן מבואר כדברי הראב"ד ז"ל הביא דבריו הרב בעה"ת שער ס' סי' ג' וז"ל אבל חלק בכורה כיון דאיהו לא זכה ביה עד דמטי' לידיה יע"ש והביא דבריו הרב בא"ן שם בסוגין והטור סימן רע"ח והכי מפרשי לה יש מפרשים הבי' דבריהם ר' יונה שם בא"ן דזהו פי' דסוגין מה מתנה עד דאתי' לידיה דמקבל מתנ' אף א' בכורה עד דמטי לידיה דבכור יע"ש וכן פי' הר"ן הביא דבריו שם בא"ן גבי בכור שמיחס מיחה יע"ש וכבר תירצו דמ"ש שם והלכת' יש לבכור קודם חלוקה לאו משום דמשעת מיתת האב חל עליו חלק הבכורה כמו שחלה חלק הפשיטות אלא דבכל שעה ושע' שירצ' הבכור לזכות ב"ח בכורתו יש כח בידו לזכות והכי מפרש לה למדנו מכל זה דאין ח' הבכור' חלה על הבכו' כח' הפשיטו' דח' הפשי' תכף למיתת אביו זכה בחלקו וח' הבכורה לא חלה אלא עד שעה שרוצה לזכו' א"כ איפא מצינן למימר לבאור' דכיון דבאנו לידי מידה זו דלא זכה הבכור בחלקו של בכור' אלא עד שעה דבא לידו וא"כ נאמר דמשעת מיתת האב קיימי נכסי של חלק הבכור' ברשות כל היורשים עד שעת זכית הבכו' בהם וא"כ שפיר גורתו של הר' כנה"ג דבכל ס' דיסתפ' לן על הני נכסי אי הוו ראוים או מוחזקי' הפשוט הוא המוחזק והבכו' הוא המוצי' כשאר ספיקי דעלמא דעל המקבל מתנה עליו הראיה ושלא כדעת הר' המבי"ט והר' מ"ש לזה אני אומר לך דאין זה מופת חותך דדילמא דאף דאין הבכור זוכה בחלק בכורתו תכף למיתת אביו אין זו סיבה המחייבת שיהיה ח' הבכור' חלה על רשות היורשים ומהם הוא דזוכה ח' בכורתו

אלא

אלא הני נכסי קיימי גלחי זכיה על שעת זכיתו של הבכור וא״כ בכל ס׳ בכורים כנדון הרב המבי״ט והרב מ״ש אי הוו הני נכסי ראוים או מוחזקים לגדי הספק שקולים הם אי הני נכסי מוחזקים הם אינכאן ירושה מעיקרא כלל ואי ראוים הם אין כאן חלות הבכורה כלל וכיון דהם׳ שקול הו״ל כממון המוטל בס׳ כו׳

וכי תימא הרי כתב הר״ן הביא דבריו שם בא״ז גבי נכור שמיתה דכיון דאין הבכור זוכה אלא בשעה שגילה בדעתו שרולה לזכות הילכך כל זמן שהשביהו הנכסים עד שגילה דעתו שרול׳ לזכות הרי הן של אחיו ומכאן אני אומר דהנותן מתנה לחבירו וזיכה לו ע״י אחר והשביח שנתא דממילא קודם ששמע המקבל מתנה הרי השבח של הנותן ולא זכה המקבל אלא מטעם שגילה שהוא רולה לזכות במתנתו יע״ש למדנו לכאורה דכיון דכל הפירות וזכין האחין מפעת מיתת אביהם עד שעת זכיתו של הבכור בח׳ בכורתו משמע דמטעם דקיימי נכסי הבכו׳ ברשות האחין נגעו בה ודלא כמו שכתבתי

הא ליתא דיגיד עליו רעו מקבל מתנה דהלא הנכסים ברשות המקבל קיימי דהא זכינהו ע״י אחר ואינו לריך קנין אחריתי בשעה דנתרלה במתנה אלא על קניןהקודם שמיןונעשית שלו מאותה שעה שזכינהו ע״י אחר ואפ״ה שקיל הנותן השבח דמאי דבני ביני מפום דדעת הנותןהכי הוי מעיק׳ ואדרבה משמע דנכסי הבכורה ברשות הבכור קיימי דאי תימא דברשות היורשי׳קאי הנכסים ומש״ה שקלי השבח דממילא א״כ מאי ראיה מייתי הר״ן מהכא שכתב ומכאן אני אומר כו׳ דמדברי הרי״ף והרא״ש שכתבו דע״כ לא אמרו בגמ׳ דכל כמה דלא מטא לידיה דבכור לא זכה היינו לענין דבר דאינו מלוי התם דוקא קריה רחמנא מתנה אבל דבר המלוי לא ממעטינן דהפיר הוי ברשותו קודם חלוקה יע״ש

הרי דכל נכסי הבכורה המלויין לא בעינן דלימטי לידי דבכור דהא ברשותו קיימי והא ודאי דהא דקא ליה ברשותיה היינו משעת מיתת האב וקני ליה קנין גמור קודם חלוקה אבר מטעם זה חולק הרמ״ה בס בהי׳ על סברת הלזו וז״ל וקביא לן עלה דאי זכי ביה בחולקיה בעיקר ממונ׳ מקמי חלוקה קנין גמור כי קא שבח מקמי חלוקה נמי בחולקיה דנפשיה קא שבח יע״ש באופן דלסברת הרי״ף ודעמיה בדבר המלוי דהיינו בעיקר הממון הוי דבכור כאלק הפשיטות דקנו קנין גמור דהאחין בהלקו לקוחות הם ומקנים זה לזה דנמצ׳ דמה שמקנה לאחיו סוה קנוי למקנה משעת מיתת האב והרמ״ה ס״ל דאף בעיקר ממונא לית ליה קנין גמור לבכור אלא זכות׳ בעלמ׳ ונמצא

דלדעת רשב״ם ודעימיה אף בדבר המלוי לא זכה עד דמטי לידי דבכור ומה שאמרו בגמ׳ דיש לבכור קודם חלוקה היינו מטעם כיון דכל שעה ושעה שרולה לזכות זוכה לא הוי כמקנה דבר שב״ל האמנם לדעת הרי״ף ודעימיה אינו כן אלא בדבר העיקרי דהוא המלוי זוכה תכף משעת מיתת אביו

וראיתי להרב הגדול מהרי״ט אלגאזי בספר הל׳ יו״ט דר״ג ע״א וז״ל ונר׳דהדבר פשוט דהא כיון דאפסיקא הלכתא דיש לבכור קודם חלוקה ואם מכר כו׳ א״כ עכ״ל דמשעת מית׳אביו זכה הבכור בחלקו כו׳ ובשבח הוא דגלי קרא דאינו זוכה הבכור עד שעת חלוקה כו׳ יע״ש , והנה פשיטות זה דפשיט ליה להרב כיון דאם מכר הבכור הוי מכר מינה דמשעת מיתת אביו זכה הבכור הא פשיטות לא הוי אלא לדעת הרי״ף ודעימיה דהם ז״ל חילקו בין שבח לעיקר הממון דעיקר ממונ׳ זכה הבכור קנין גמור קודם חלוקה, אמנם לדעת רשב״ם והרא״ב״ד והר״ן דס״ל דאף בדבר המלוי דהיינו עיקר ממונא דהלא דברי רשב״ם והראב״ד על ירשו קרקע וכיולא קיימי דיכול לו׳ איני נותן ואיני נוטל מטעם דלא הלה זכייתו עד דאתי לידיה והטעם דמה שמכר מכר היינו כיון דמטי בידיה לזכות ולקנות לא דמי לדשב״ל ודברי מהרי״ט אלגאזי על דברי רשב״ם קיימי וא״כ מה יענה לדברי רשב״ם שכתבנו ואם איתא דטעמא דמכר הוי משום דזכינהו הבכור משעת מיתת האב א״כ למאי אלטריך למיהב טעמא דלא הוי דבר שב״ל משום כיון דבכל שעה ושעה הרולה לזכות זוכה ועיקר קו׳ הרב על רשב״ם דכיון דילפי׳ מקרא דלאתת לו לפי סברת רשב״ם ז״ל דכל כמה דלא מטא לידי דאב ל״ק הבכור א״כ למאי אלטריך בכל אשר ימלא לו וכמו שהק׳ הר״ן ז״ל על רשב״ם הנה הראב״ד פי׳עד דאתא לידיה דאב וכפי׳ של רשב״ם והוק׳ לו הא קרא מכל אשר ימלא לו ותירלכו׳ יע״ש

ואף שיהיה למאי דאת׳ן עלה במחלוקת הרי המבי״ט והכנה״ג בהיכא דאנו מסופקים אי הני נכסי הם מוחזקים וחל עלייהו דין בכורה או ראוים הם ולא חל דין בכורה הנה כתבאר ממ״ש דלא מבעיא לדעת הרי״ף ודעימיה דבעיקר הממוןמשע׳ מיתת האב זכה הבכור א״כ לדדי הס׳שקולים הם אי הני נכסי מוחזקים אשבת להו א״כ לא חל עלייהו דין ירושה אלא דינבכו׳ואי אשבת לכו דאינןמוחזקי׳ אלא ראוים חל עלייהו דין ירושה

ולא דין בכורה וכיון דהס׳ הוא בגוף ועיקר הירוש׳ ליכא למימר נכסי בחזקת היורשים קיימי דעליה אנו דנים אלא הוי דינא דחולקים אלא אפי׳ לדעת רשב״ם והראב״ד והר״ןדסבר דאף בדבר המלוי דהיינו עיקר הממון לא זכה הבכור עד דאתי לידיה כבר כתבנו לעיל דאפי׳ לדעתם אינו מתחייב דקא ירתי היורשים חלק הבכורה ומכחם זוכה בבכורה

ושו״ר להרמ״ה שם בבוגיא ומלוה שעמו פלגי שכתב וז״ל וכ״ת כיון דקיימא ברשותי׳ היכי מפקינן פלגא חלק בכורה מיניה והא כו׳ הנ״מ היכא דלא הוה קאי האי ממונא בחוקתיה דאחריני מעיקרא אבל הכא האי ממונא ברוקתיה דתיתנא הוה והאי בכור והאי פשוט תרוייהו מכח מיתנא קא אתו לית לןלאפוקי ממונא מחוקתי׳דחד מנייהו ואף ע״ג דתפיס הבכו׳כיון דלא מלי טעין טע״ב דזכה ביה מחמת אבוה דידיע בודאי דהוה קאי האי ממונא בחזקתיה בהדית תרוייהו קאי והו״ל ממון המוטל בס׳ דחולקים ואפי׳לרבנן כו׳ יע״ש

הנה

הנה מהנ"ל מדברי הרמ"ה דלא קשיא אלא מפלגא הנוגע לאחיו הפשוט אבל מפלג' אחריתי ל"ק ליה דהא כיון דהוי ממון המוטל בס' ודאי דחולקים דהא הבא לפי האמת דאין תפיסתו תפיסה מטעם דבחזקת תרוייהו קיימי הני נכסי נוטל הבכור פלגא וא"כ למדנו מדבריו אלא מילי מעליותא הא' בכל ס' שיש להסתפק בדיני בכורה כגון זה אי הני נכסי הוה מוחזק המת ונוטל בכורה או הוה ראוי ונוטלין היורש מאי דנוגע להלקו. ואינם מוחזקים הוה חד מניהו חולקים הוה בשוה כיון דהוי ס' שקול דאי איכא דין בכורה ליכא ירושה כלל אף דהרמ"ה חולק על הרי"ף וס"ל להרמ"ה דאף בדבר העיקרי דהיינו הממון לית ליה לבכור קודם שיגיע לידו קנין גמור אלא וכוחו בעלמא אית ליה וכמ"ש למעלה עכ"ז לא אמרי דהיורש ודאי אלא יש שניהם שוה הדין השני דאף אי קדים ותפיס הבכור מפקינן מידו כיון דאינו יכול לטעון בבריא דהאי דקא שקיל מכח בכורה דאביו כבר היה נחשב מוחזק בהני נכסי הדין השלישי דמתברר מדברי הרמ"ה ז"ל דאף דתפס הפשוט לא האניא ליה תפיסתו כלל כיון דהוא עצמו אינו יכו' לטעון בבריא דהאי דקא תפיס מכח ירושה לא היה מוחזק בהני נכסי וחל עליו דין ירושה בלתי דין בכורה

עוד נרא' דיש ללמוד מדברי הרמ"ה דהיכא דהולקין הבכור עם הפשוט אי מחיל הלק הבכו' או לא אי תפוס הבכו' דאין מוציאין מידו דהרי בא בטע"ב דלא מחל וכמו כן אי תפס הפשוט אין מוציאין מיד הפשוט ומעתה במחלוקת המבי"ט והרב כנה"ג היכא דאנו מסופקים אי הני נכסי ראוים הם או מוחזקים הם לדעת המבי"ט ל"ש כשאין תפוס ול"ש כשהפשוט מוחזק עכ"ז לא מהניא תפיסה אלא מוקמי' הנכסים בחזקת מיתנא. ובודאי דלדעת המבי"ט כיון דהוי ס' דדינא הולקים והיינו כדעת הרמ"ה ז"ל לא עבדינן עובדא בהך דינא כמ' הכנה"ג כיון דראינו להרמ"ה דפסק דאין היורש נוטל אלא יד שניהם שוה בהם

ואיברא היכא דהפשוט מוחזק ואינו ס' דמציאות או ס' דדינא בלתי פלוג' דרבוותא אלא פליגי רבוות' י"ל דמר מהוי ליה ראוי ומר מהוי ליה מוחזק ותפיס הפשוט כיון דכבר נודע דטענת קי"ל חביבא טע"ב לכת הפוס' י"ל כל כה"ג איכא למימר דבזה וכה התופס ואין לזה ראיה היפך מדברי הרמ"ה ואם יאמר האומר דלמה לן להוכיח כן מדברי הרמ"ה ולא מגופ' דשמעתין וכמ"ש התוס' פה בסוגין ד"ה ומלו' יע"ש אף אתה אמור לו דליכ' להוכיח כלל מגופא דשמעתין ולא מדברי התוס' דוק' וכל זה שכתבנו אינו ענין לנדון שלפנינו וכמ"ש למעלה דנדון שלפנינו הוא חוב ואין ס' דהיורש שכנגדו הוא המוחזק כיון דבא להוציא מחלקו הנוגע לו מכח ירושת אביו וא"כ יורש התובע הוי כאי' נכרי

הגם הלום ראיתי בתשו' מהריב"ל ח"ג סימן נ"ח דנשאל היכ' דנפל ס' בבנו' היורשו' כ' בדין עישור נכסי כ' הרב ז"ל איבר' דאי הוה דיינינן הו בהך. פלוגת' כמחלה על מחלה כגון דאי דליכא מוחזק דאין הוה אחת מהיתומות מוחזקו' הוה

אמרינן ממון המוטל בס' חולקים יע"ש הרי מבואר דאף דזה הבת התובעת עיסור נכסים הויא בעלת חוב כמו שאמרו בפ' מציאת האשה הבת אכל אחי' לגבי עיסור נכסי הרי היא כבעלת חוב עכ"ז פשיט' ליה להרב בכל יורש דבא בטענת חוב אביו או לואת המורי' ואיכ' לאיסתפוקי ביה ס' שקול לא אמרינן בזה כיון דזה היורש התובע הוכו או מתנתו בא להוציא מחזק' היורש שכנגדו נימא דהיורש הוא חשיב מוחזק אלא אמרינן כיון דזה יורש נמי כמותו לא חשיב מוחזק שכנגדו בלבד אלא יד שניהם שוה בו ויחלוקו ומדברי הרמ"ה שכתבנו אין ראיה דהרמ"ה לא איירי אלא בבכורה

ובכר ראיתי להרב מהרימ"ט ח"א סימן קי"ל דדחה דברי תשו' מהריב"ל וכתב דכיון דהבת הנשואה היא מוחזקת מכח ירושת אביה ושאר הבנות באות בטענת עיסור נכסי דהוי ב"ח הו"ל כאנ"ש דעלמ' ולא נסתפק אדם מעולם באחד מן האחים שהוציא שט"ח על אביו ויש בו ס' דמפני שהו' יורש ודאי לא נדון אותו כדין בעל שטר עכ"ת יע"ש הנך רואה שגם הרב מהרימ"ט הבין בדברי הר' מהריב"ל כמ"ש דכל יורש הבא בטענת חוב מורישו או טענת של מתנה ויש בו ספק יש לדון כדין כל ס' ממונא דחולקים

אמנם כשאני לעצמי איכא למימר דלעולם אימ' לך דאף הרב מהריב"ל מודה ונא לזה וכמ"ש הרב מהרימ"ט דלא נסתפק אדם כו' ולא אמרה הרב מהריב"ל למלתיה אלא דוקא גבי פרנסה דמשעת מיתת אביו כבר זכתה הבת. וכיה גמור' וכמו שהעמיק הרחיב הרב מהריב"ל שם סימן ק' ורימזה הרב מהרימ"ט שם אלא דמספק' לן אי ויתר' והפסיד' מה שזכתה כבר או לא ועדין זכותה קיימת ומנ' אמינ' לה ומ"ש הרב מהריב"ל שם סימן נ"ג דנשאל שם הרב מהריב"ל על שאב שפסק מעות לבתו לנדוניא ונתחייב בקג"ש וקודם הנשואין מת האב והניח בנות יורשות ותוב' הבת המשודכת שיתנו לה הנדוני' אשר נתחייב לה אביה שהיה לה במתנה ושאר הנכסים תחלוקנה עם שאר הבנות שוה בשוה כו' והשיב הרב ז"ל דאומדן דעת הוא דלא רצה האב לתת לה הנדוני' אלא אדעת' שתנש' בחייו כו' דדעתו של האב מן הסתם הוא להשוות את היורשים בנים ובנות יהיו כו' ולא יהא אלא ס' נכסי בחזק' היורשו' קיימי והמוציא מחבירו עליו הראיה וכיון דזאת הבת המקבלת היא רוצה להוציא' משאר אחיותיה כו' לא מפקינן עכ"ל הנה משמעות דברי מהריב"ל כללו מוכיחין דלאו משום דמסיי' לן שאומדנ' מצד עצמו וא"כ ילפינן מהכ' דגם מהריב"ל מפשט' פשיטא ליה בכל יורש דבא בטענת חוב או צוואה ויש להסתפק בו ודאי שיורשים דבאים מכח ירושה הם מוחזקי' ומעתה י"ל דאותה תשו' דסי' נ"א דמוכח מינה דאי הוה ס' שקול דיינינן דין ממון המוטל בס' כו' היינו כמ"ש מטעם דהרב קאי בחיובא דפרנסה ואזיל לטעמיה דתכ' בשעת מיתת האב כבר זכתה זכיה גמור'

וישו"ר להרב מהר"י ן' רייי הובאו דבריו בס' דנ"מ ח"מ ח"ב סימן קי"ה דקי"ל ע"ש דנטמעין

דנפקא מינה בזה ושוב הביא דברי מהרי"ל ז"ל ומהרימ"ט ז"ל והסכים דהיורש הבא בטענת חוב עליו הראיה גם הרב דב"מ שם דקי"א ע"ב וג' הסכים בפשיטות לזה והביא ראיה מג' המה מטיבי דהסכימו לזה יע"ש וע' גם' כנ"מ יד המלך למוהר"ר ז"ל ומעתה אתאן לנ"ד דפשיטא דלא מצו הבנות לגבות שום פ"ק מתור' כתובת אמם מטעם דגם הם יורשות קרינן להו אף שלא היה היורש ן' הבת חשום ועומד אלא היו הנכסי' מונחים לרווח היום ובנכוג והגם דכבר כתבנו למעל' דיש להוכיח לכאורה מדברי מהרימ"ט דכשמונחים ביד שליש ואינם תחת יד היורשים לא מצו לנכו' לגבי ב"ח של אביהם

הנה מלבד מ"ש לעיל דלענין נ"ד לא נפקא לן מידי זאת ועוד אחרת במעתי והכי הוה דהכא במיתת האב חלקו הבנות ובן הבת כל אחד לפי חלקו שליש אחד ומזונות האלמנה היו נותנים כל אחד שליש לפי חלקו ועתה שמתה האלמנ' ובאי' הבנות להגבות כתובת אמם ורוצים לזכות מטעם שהם ג"כ יורשות לית דינא דעליהם הראיה להוצי' מתחת יד היורש המוחזק אחר חלוקה והשת' דאתינא להכי אין לנו ליגע וליתן במה שעמדו גדולי אחרונים ז"ל היכ' דהנכסים ביד שליש ואינם בתפוסת הבית אי מקרי היורש מן התורה מוחזק או לא העולה מהאמו' דהכין דין אמת דזכה היורש ן' הבת ופטור מן הכתובה דדילמא התפיסה לה לכרבי

אמנם יש לדון לכאורה דכל זה דחיישינן לכרבי הוא דוק' לק' מאתים ברם לנדוני' שהיא בעין או הבאים מהמתן גובה בלתי שבועה ומינה דיורשיה נוטלים בלא שבועה ופמ"ש הראשונים וגדולי אחרונים ז"ל וכלם נקבצו באו באה"ע סימן ל"ו וא"כ בנ"ד דהנדוני' דהנעלת ליש מכרוה האפוטרופו' אחר מיתת המוריש א"כ שפיר מצו למטען הנדוניא בשלם אמנם גם לזה הדין עם היורש ן' הבת דהנה כתב מהריק"ו שורש ל"א והביאו דבריו גדולי האחרונים ז"ל דהא דקי"ל דבנדוני' ליכ' משום תנאי ב"ד ומינה ליכ' למיחש לתפסת לכרבי היינו דוקא כשלא נכר' הנדוניא עם הכתובה אבל כשנכרכן עם הכתובה שפי' תנאי ב"ד כמ"ש רש"י בפ' נערה על ענין אחר יע"ש ודע דדברי רש"י אינם בפ' נערה אלא כתובים הם בפ' הכותב ד' פ"ו ע"א על מימרא דאמימר האי מאן דאיכא עליה כתובת אשה וב"ח ואית ליה ארעא ואית ליה זוזי לב"ח מסלקינן ליה בזוזי ולזו כתב רש"י דהגם דהאשה נמי הכניסה לו נדוניא הנישומין בכתובתה כו' וזו לירפת' עם הכתובה על שעבוד הקרקע יע"ש ואילולי דברי מהריק"ו ז"ל הוה אפשר לומר דע"כ לא אמרה רש"י אלא דוק' גבי סילוק דעתה של אשה דכיון דעיקר כתובתה אינה סומכת על המעות אלא על הקרקע וכיר' נ"כ הנדוניא עם הכתובה בכתובה עלתה גלי דעתה דאינה סומכת אלא על הקרקע כיון דשמא בידה שלא לכר' התנם גבי בעל דמשום תנאי ב"ד אתינן עלה דדחיק אנפשיה ומחפים לה לכרבי א"כ מה גילוי דעת איכא גביה דמחפים לה לכרבי הגם דליכא הכעס גבי נדוני' כיון דלא שמי בידיה שלא לצרף כיון דאדעתא דידה דאשה הוא כותב

ואף שיטת דעת מהריק"ו שלא לחלק אמנם אין דין זה מוסכם דהא הריטב"א והבי' משם רבו הרא"ה דחלק על רש"י וכן הלכה למעשה כיון דקבלם עליו בנכסי צאן ברזל הרי הם כחוב גמור אף דלרפתן יע"ש להר' בא"ו גם הטור הבין בדברי הרמב"ם דחולק על רש"י ז"ל ואיברא דלא נ"מ מידי בזה מאחר דהיורשים מוחזקים ברם ראיתי להריטב"א שם שכתב דע"כ לא אמרה רש"י אלא כשאין הנדוניא בעין יע"ש וא"כ מעתה בנ"ד דהנדונ' בעין ומכרוה האפוטרופו' היתומות חייב היורש בן הבת ליתן חלקו מאחר דלדברי רש"י דהוא עיקר שמניחינו הא כבר כתבנו דמודה וגם היכא דנכסי הנדונייא דהנעלת לבעל הוא קיים

אמנם הרב בית שמואל סי' ל"ו סק"א כתב וזמן הזה שכוללי' הכל בסכום אחד וכותבים כל הסך שהוא חייב לה סך כך וכך יש לומר לכ"ע צריכ' שבועה אפי' אם הכל בעין כו' יע"ש גם הרב דב"מ ח"ג אה"ע סי' י"א אף דהנדון היה שהיו נכסי הנדו' בעין עכ"ז הביא תשו' הגאון דמהריק"ו דהיכא דצירף חיישי' לתפסת לכרבי והביא דברי הרב בית שמואל יע"ש ואף דהיה אפשר לומר דלא דמיא צירוף דמהריק"ו למ"ש הרב בית שמואל שכוללים דצירוף דמהריק"ו היינו כיון דכתובים בכתובה בלבד זה חשיב צירוף לדעת רש"י והכי מוכח מדברי הטור שכ' וז"ל כתב הרמב"ם היו כתובים בכתובה נכסי צאן ברזל הולכת עם הנ"א ורש"י לא פירש כן כו' יע"ש ומש"ה שייך למימר דהיכא דהם בעין לא אמנם היכא דכותבים סך הכל המדודים והנדונייא כו' סך מה כו' כמ"ש הר' בית שמואל הוה אפשר לו' דדעת' המעות אפי' היא בעין

מ"מ לדינא לא נפקא לן מידי כיון דגם בזה איכא מחלו' כמ"ש הרב בית שמואל והר' דב"מ וא"כ בנ"ד דהיורש בן הבת מוחזק מצי למימר קי"ל ומ"ש הרב דב"מ דיחלוקו היינו משום דנדונו היה דנכסי הנדוניא היה ביד שליש יע"ש

ומעתה אבא ליגע וליתן במה שטוענ' הבנו' ותובעים מגן הבת שישלם שליש להוצאת קבורת אמם מאחר דאין אנו יורשים מכתובת אמנו כלום א"כ אף אתה אתן בידינו שליש מההוצאה גם בזה אין יכולת ביד הבנות להוציא מיד בן הבת דהא מחלוקת קדום הוא זה בין הראשונים ז"ל בין הרמב"ם והראב"ד פי"ח מאישות דלדעת הרמב"ם והסמ"ג כל שלא נשבעה אמם יורשי הבעל חייבין בקבורתה ודעת הראב"ד והר"ן והטור ומרן בש"ע דיורשי האלמנה חייבים בקבורתה ומרן ז"ל הביא ס' הרמב"ם משם יש מי שאומר דעל יורשי הבעל לקוברה ולא הודו לו

ועלה ע"ד לומר דגם מלבד דברי התוס' והרא"ש דהביא הר' בצלאל שם בא"ו יש להוכיח כסברת הראב"ד ודעימיה דהא כתבו דאשמועינן מתניתין אע"ג דהניח מטלטלי ונמצא דיורשיה אינם יורשים כלום אלא יורשי בעלה הוא דקא ירתי מאבוהון נכסים רבים דהיינו מטלטלין ותפלים עכ"ז על יורשיה מוטלת הקבורה ולא על יורשי בעלה כ"ש היכא

היכא דלא נשבעה האלמנה דאיכ' למיחש לצררי ונתפרעה כתובתה במטלטלין דאין היינ' יורשי בעלה כן ראיתי להרב בית המותל שם ס"ק ו' דכתב דהתוס' חולקין על הרמב"ם

אלא דאחר העיון נראה דאין ראיה מהכא כלל דהתם בשלא הניח אלא מטלט' מאה' דאינה משועבדים ואף בשבועה אינה יכולה האלמנה לגבות כתובה מנייהו א"כ אין חיובא רמיא עלייהו דיתמי לקובר' אמנה היכא דהניח המת קרקעו' דשעבוד דכתובה גבייהו והפר כתובתה קיימת בידה דמצי לגבות כתובתה מנייהו דיתמי דזוכה גבייהו בשבועה א"כ כשמתה היה אפשר לומר דחיוב' רמיא עלייהו דיתמי לקוברה מאחר דנשום משעת צררי אתינן עלה א"כ אין ראיה מדברי התוס' והרא"ש דחולקים על הרמב"ם ויש סיוע לזה שכתבתי מלשונו של הריטב"א הביא דבריו הרב בא"ז דאחר שהביא תירוצו של ר"י דמתני' איירי כשהניח מטלטלי כתב וז"ל ול"ע אם הניח הבעל נכסים אלא דמתה קודם שתשבע אם חייבים היתומים בקבורתה אם לאו רבינו עכ"ל מוכח בהדיא כמ"ש דהגם דמתניתין מוקמינן לה בהניח מטלטלי עכ"ז איכא לאיסתפוקי בהניח קרקעו' ומתה בלתי שבועה והיה אפשר עוד להרחיב הענין בזה אלא כיון דלפום דינא לא נפקא לן מידי מנעתי ידי מלכתוב עוד ומעתה שפיר מצי בן הבת לומר קי"ל כרובן של הראשונים ז"ל דאין חיוב הקבור' אלא על יורשיה דוקא וכמו שנתבאר

הכלל העולה מכל הרשום בכתב בהך פסקא דדינא דפטור בן הבת מכל וכל בין על העיקר בין על הנדוניא אף שהיה בעין ובין על הוצאת קבורה ברם אף דלפום דינא אין להוצי' מ"מ עשינו פשרה באופן נאות מאחר דכל זה אינו אלא משום השמ' בעלמא ואיכא מ"ד דבטענת קי"ל לצאת יש' חייב פשרנו ביניהם ברשות ורצון היורש בן הבת דהיינו שישלם שליש ההוצאה וגם בעד מה שהיו תובעים הבנות שליש הנדוניא המגיע לחלקו פשרנו ג"כ בזה שיתן בן הבת מאה גרו"ש לבנות הנלע"ד כתבתי פי המדבר הצעיר

אליעזר
די טולידו

אמר הצעיר שוב אחר זמן עמדתי במ"ש למעלה משם הרב כנה"ג דהיכא דנפל מחלוקת בין שאחים לענין גדול האחים אם הוא בכו' או לא דכתב הרב כנה"ג דהפשוט הוא מוחזק ראיתי דמתברר כן מסוגיא דפ' יש נוחלין דקכ"ו ע"ב אמר רב יוס' בני בכורי נוטל פ"ש פלוני בני בכור הוא אינו נוטל פ"ש דילמ' בוכר' דאימא קאמר ופרשב"ם ומספיק' לא יהבינן פ"ש ואפי' הפס כו' יעו"ש וכן פירש הר' הנמק"י שם וז"ל ואפי' ממון המוטל בס' לא הוי כיון דממון בחזקת בנים אחרים הוי הוא המוצי' יעו"ש ולסברת הרמ"ה שכתבתי למעלה צריך לחלק ביןהיכא דנפ' הס' בגוף הבכורה להיכ' דהבכור' ברורה אלא דהס' הוו בנכסים כנ"ל גם אלא דברי הצעיר

סימן עז

שאלה ראובן תבע את שמעון בטענה על חנות שהוא יושב בה שמעון להגם דהאמת הוא דמכרה לו לשמעון החנות הנז' אמנם היה היה בתנאי גמור דבכל שעה ושעה דיזדמן לו לראובן המוכר המעות שנטל מיד שמעון הלוקח בדמי המכירה שיחזירם לשמעון והו' יחזיר לו חנותו ושמעון הלוקח משיב לו לראובן דלהד"מ הלא מכירת החנות היתה החלטית בלתי שום תנאי בעולם והרי שלך לפניך שטר המכירה שמסרת לי שכתוב בו מכיר' עלמין בלתי שום תנאי לתוב כו' כשאר שטרות של מכירות הנוהגים ועל זה חתמו עידי המכירה ולעומת זה הוצי' ראובן זכרון עדות כתוב וחתום איך מכירת החנות נגמרה בתנאי זה דבכל שעה שרוצה ראו' המוכ' להביא דמי המכירה לשמעון שתכ' ומיד יחזו' החנות לבעלים הראשונים ועוד טוען ראובן לשמעון נראין לדברי דע"ת זה היתה המכירה דהא שיווי החנות היא שוה כפלים מן הדמי' שנתת לי ואיך אפשר שימכרנו לך בסך כזה שנתת לי וע"ז נתעצמו שניהם רו"ש ובאו להתדיין לפני בי דינ' רבה לידע לשיכן שורת הדין נוטה ויבא שכמ"ה

תשובה הנה בתחילת ההשקפה עלה ע"ל לומר דנדון שלו נא ונגיתה בתשו' ככרם של הרשב"א המובא במרן ב"י ח"מ סימן כ"ע מחו' י"ג ובסימן מ"ו מחודש ע"ל והיא בח"ב סי' רכ"ט דמפורש שם דטענת המוכר היה דבתנאי הית' המכיר' שאם אתן הג' מאות דינרים לזמן פ' שתתבטל המכיר' והלוקח משיב דלא הד"מ רק המכירה הית' מוחלט' וכמו המוכח מהשטר והשיב הרשב"א דבמלת' כלנא אמרי' אוקי תרי להדי תרי ואוקי ארע' בחזקת הלוקח מאחר שלדברי כולםלוקח זה כדיןירד והמוכר המזיקו בכסף ושטר וחזקה אלא שהתנ' כפי דבריו שאם יתן לו מעו' תו"ו שתתבט' המכי' ואם לאו המכר קיי' מעכש' וכיון דהחזיק הלוקח כדין לדברי כלם אלא שזה טוען שיש לו להסתלק מחמת התנאי ומביא עדים וזה טוען שאין מכירתו מתבטלת ומביא עדים דינ' הוא דאמרי' העמד הכרם בחזקת הלוקח למוחזק עכשיו עכ"ל מעת' הרי הדין ברור כנ"ד דשמעון הלוקח זכה במקחו לעד לעולם

ברם מאי דאיכא לעיוני לכאורה הוא דנהי דלפום דינא דממונא הוא המוציא מחבירו עליו הראיה וכך הוא הכלל אמנם במילתא דאיסורא לא הוי דינא הכי אלא אמרינן דהוי להחמי' ובשלמ' לא הפוסקי' דסברי דתרי ותרי ספיקא דרבנן ואוקמינן מילת' אחזקתיה אפי' להקל ניחא מאחר דלפו' דינ' ליכא סהדי כלל ואוקי תרי כו' ואין כאן עדים על התנאי כלל ונשאר המכירה קיימת ומשום הכי ליכא למיחש לאיסורא דרבית כלל ואפי' מדרבנן וכמו שנבאר א"כ גם בנ"ד הגם דלפי כת העדים המעידים כלדברי ר' דנגמרה המכירה ע"ת דאיסו' מ"מ לא איכפת לן מאחר דדינא הוי כמ"ש דמתבטל סהדותייהו והוי כמאן דליתיה כמי שלא באו עדים להעיד כלל מכח הכת האחרת המנגדת אמנם לכת הפוסקים הסוברים דתרי ותרי ס' דאורייתא ולא אמרי'

אמרי' אוקי מילתא אחזקתיה אלא ס' בקול הוי ואזלינן להחמיר א"כ בנ"ד איכא למיחש לכאו' לאיסו' דרבית

וכי אימא הרי הרשב"א סיים דבריו וז"ל וכ"ש לדעת רבינו תם שכתב דהלכה כמ"ד דתו"ת ספיקא דאורייתא ולא אמרי' אוקי מילתא אחזקתיה ויש לו ראיות הרבה ע"מ לסמוך וג"מ למי שתפס אפי' בעדים יע"ש הרי למדנו דדינו של הרשב"א שדן דזכה הלוקח במקחו הוא מוסכם לכ"ע בין להסוברים דתו"ת ס' דאורייתא ובין להסוברים דהוי דרבנן ולא חש הרשב"א לאיסו' דרבית' דאכל הלוקח עד שעת פרעון דמי הכרם מ"מ דע לך שראיתי להר' כ"ע י"ד סי' קע"ב דכ"ג ע"ג ד"ה איבר' כו' דלכתב דלא אמרה הרשב"א אלא משום דלא היה שם אכילת פירות דההלואה היתה על הכר' באדר ותנאי חזרת הכרם היתה עד אייר ובתוך זמן זה אין ענבים בכרם כו' מש"ה חשבו להמחזיק בה מוחזק בה אי הוה באיסור נראה מתשו' הרשב"א שהבי' הרב ב"י סימן ע' בהלוה נקר' מוחזק כו' וכזה אירלתי לפני הרב המופל' מהר"י ראזונים ז"ל, תשו' הרב לא"ר כו' יע"ש

הנה מפורש יוצא מדברי הרב כהונת עולם לדון בנ"ד להוציא לס' מתנותו אסר כוא דר בה מאחר דאיכא איסור דרבית' אלא שהרוא' ירא' שדברי הרב כ"ע תמוהים מכמה אנפי חדא דהא דההליט המאמר דאסור בפשיטות הא ליתא דתלוי' האי דינא בהאי פלוגתא דתו"ת אי הוי ספיק' דרבנן או ספיק' דאורייתא כמ"ש והרשב"א הוא מכת הפו' דסברי דהוי דרבנן כמו שמוכיח מת' הלזו וכמ"ש הר' מהראנ"ח ה"ב סי' מ' וכמו שאסף וקבץ הרב דברי אמת קונטרים ח' דע"ד ע"א והלא' וא"כ לפי דעת הרשב"א דעלה קאי הרב כ"ע דס"ל דהויא דרבנן א"כ הורה יוצא דמאחר דדינא הוא דאוקי תרי להדי תרי וכאלו לא היה שום עדות בענין זה כלל וכמ"ש א"כ נשאר הכרם שקנה הלוקח בשופי מכל איסור

תו איכא לאתמוהי על הרב כהונת עולם ז"ל במאי דסמיך אדעתיה להוכיח האי דינא מתשו' הרשב"א שהביא הר' ב"י סו' סימן ע' והיא בה"ב סי' פק"ה והרוא' ירא' דלא נגע ולא פגע לת' הכרם דכבר ביאר דעתו הרשב"א מאחר דהס' הוא בתנאי זה טוען דהיה תנאי דמבטל המכיר' בחזרת המעות וזה טוען ואומר דלא היה שום תנאי אם כן מאחר דאיכא עדות מוכחשת דינא הוא דאוקי כו' ואין כאן עדות לא כן בתשו' דסי' פק"ה שם בה"ב דתנאי חזרת המעות היה היה בשעת המקח דמוד' ובא הלוקח וכיון דהתנאי הוה באיסור שפיר דן הרשב"א דהלואה היא והאסור והיינו נמי הביא דהרב לה"ר ומאחר דנפל היסוד שעליו סמיך הרב כהונת עולם אין לנו לסמוך עליו וכאמור

אמנם הנן בדידן לכאור' יש לעמוד בהאי פלוגתא אי תו"ת ס' דרבנן או ס' דאו' ובשלמא להרשב"א איכא למימר דהביא האי סבר' דהוי ס' דאורייתא להיותי לעיקר גופא דארע' דלא אזלי' בתר חזקה קמייתא אלא מתן דתפי' בה דלעיקר

פירות הא ס"ל להרשב"א דתו"ת ספיק' דרבנן ואין כאן שום איסור כלל מאחר דמוחזק קרינן ליה ללוקח דקאי בגוויה וכי תימא שו"ם הרי חז"ל אסרו מספק וא"כ היכי התיר הרשב"א לאכול הפירו' ונאמ' דהיא גופא הוא דקשיא ליה להר' כ"ע נר' דהא לא מכרע' דהא מתברר משו' דפ"ב דכתובו' דטענת ברי לי אין בידינו לאסור וכמו שהעמיק הרחיב הרב מהראנ"ח שם וכמו שאכתוב לקמן ומדברי התוס' שם בכתובות ריש דכ"ג ע"א ד"ה מאי שנא שכתבו דאע"ג דתו"ת ס' דרבנן והו"ל לאוקמי בחזקת פנויה מ"מ הו"ל הכא מדרבנן לא קשיא לן דהתוס' לא קיימי היכא דאיכא טע"ב והמעיין יר' דלתי' היש מפרשים שכתבו דקו' התלמוד לא הוי אלא לסיפא אבל לרישא ניחא הגם דליכא טע"ב מאחר דתו"ת ס' דרבנן אין כח בידינו לאוסרה לבעלה כיון דהיא מוחזקת בבעלה ואם כן בנדון הרשב"א דהלוקח בא טוען בטענת ברי דלא היה תנאי כלל וכפי טענתו שפיר קא אכיל פירותיו

ונראה לכאורה דיש להכריח כן מאותה תשו' הרשב"א הביאה מרן אה"ע סו"סי קמ"ט ורימוזה הרב ד"א שם דע"ב דנשאל על אשה שמניח גט ואין תנאי כתוב בו ובאו ב' כתות של עדים כת אחת מעיד שנתנו לה בתנאי אם ימות וכת אחת מעידים שנתנו לה בלא תנאי השיב הרשב"א דהאשה אסורה לעלמא משום דהו"ל ת"ות כו' וכל שכן למ"ד תו"ת ספיק' דרבנן יע"ש וק' לכאור' דהא הכא ההכחש' היה בתנאי וכולם מודים שמסר לה גט הבעל' וא"כ דינא הוא דאמרי' אוקי תרי בהדי תרי והו"ל כמו דאין כאן עדות כלל ונשאר הגט בסתם וכמו דאסברא לן התם הרשב"א בתשו' הכרם

והגם דאפשר לצדד דמכאן מוכח כדעת הר' כ"ע דלא אמרה הרשב"א לענין איסור וכגון אכילת פירות אין זה הוכחא אלא הוא הדבר אשר כתבנו בתשו' הכרם של הרשב"א עיקר ההיתר הוא משום דטענת הלוקח היא טע"ב והוא ניהו דקא מתהנה ואוכל לא כן באידך תשו' של הרשב"א של גט דאף דהיא טוענת טע"ב דנתנו לה הבעל בלתי תנאי מ"מ אין טענת ברי שלה מוציא מאיסור אשת איש להנשא לאחרים דלא ידעי מזה כלום והתם בגמ' הוצרכו לאוקמי שנשאת לאחד מעדיה משום דקיימי הבעל והאשה בטע"ב והשתא דאתית להכי יסודו של הרשב"א בתשו' הכרם הוא מטעם דהלוקח דקא אכיל הפירו' וקא מתהני בא בטע"ב והאניא ליה האי טעמ' שלא להוצי' מחזקתו וכמו שפשטי' ליה לתלמו' אפי' באיסו' ערוה של אשת איש א"כ האי טעמ' שגי ומסני אפי' למ"ד ס' דאורייתא הוי ת"ות וכמבו' בגמ' ושפיר כתב הרשב"א דינו אפי' לשי' הפוסקי' דס"ל דת"ות ספיקא דאורייתא ולא צריכין לדוחקא דלעיל

ואיברא דלכאורה יש לדחות האי סברא דילן והיא דע"כ לא אמרו בתלמו' דטע"ב מוציאה מידי איסור דאשת איש היינו משום טעמא תריצ' דאית לן חזקה דאשה דייקא ומנסבא וכמ"ש התוס' שם אשר מש"ע איכא למידחי דסמכינן להאי טעמא דטע"ב משום דאיכא דמסייע לה דהיא

חוקם

חזקה אלימתא יש' התוס' הא נמי לא מכרעא דע"כ לא כתבו התוס' הכי אלא כדי לאורועי. ההוק' דאיסורא דרביע עלה מקדמא דנא דאי לא היה החזקה אחריתי דאשה דייקא ומינסבא שמחלים כח אותה חזקה דאיסור' הא ודאי איכא איסורא והבא עליה אי נסוגג בחטאת וזי במזיד בחנק אמנם היכא דליכא חזקה לא לאסור ולא להיתר או מאחר דאיכא תרי כתי שהדי דמכחשי אהדדי מאחר דאמרי' אוקי כו' והוא טוען ברי הא ודאי דמהימנינן ליה וכבר מהרא"נח הם נשאל על ב' כתי עדים המכחשי' דכת אחת מעידה דר' נשבע למכור החנות לש' וכת אחת מעידה דלא נשבע והשיב וז"ל וגו' כיון דעדים מכחשים אלו את אלו ור' זה עומד בחזקת שלא נשבע אין לנו כח לכוף אותו על קיום השבועה ואע"ג דאפי' למ"ד ת"ות ספיקא דרבנן כו' ומידי ס' לא נפיק מ"מ כל שאומר ברי לי אין לנו כח לכו' אותו כו' וזה דבר ברור דכל היכא דמחמירין בת"ות אפי' בדקיימא בחזקת היתר לא אמרו אלא כשאין בעל הדב' אומר ברי לי אבל היכא דאומר ברי לי אפי' באיסור אשת איש אם נשאת לא תצא אפי' למ"ד ת"ות ספיקא דאורייתא וכ"ש לדעת רוב הפוס' שפסקו ת"ות ס"ד כו' אם נשאת לא תצא היכא דאומר ברי לי כו' ובד"ה מעתה כו' סיים אבל היכא דאיכא ברי לי כנ"ד כ"ע מודו שלא מצינו בשום אחד מן הפוס' מבורר שיהא מחמיר כשאומר ברי לי אפי' לכתחלה ובד"ה אמר שכותב כו' סיים וז"ל אבל האמת דנ"ד לא דמי אלא לאם נשאת לא תצא שאם באנו לכוף אותו לקיים שבועתו הו"ל כאילו מוציאין דבר מחזקתו יע"ש שארית דבריו והרוצה להתבשם מתורת רבינו אליהו יעמיק בדבריו ויראה בעיניו ולבבו יבין איך עלתה הסכמת הרב ז"ל לפוסקינא דכל הבא בטענת ברי לי תו ליכא שום חשש איסור כלל וכיון דכן גם בנ"ד הכי דיינינן דזכה שמעון במקחו בלתי שום נדנוד של איסור

וראיתי למהרשד"ם בתשו' יו"ד סימן ע"ו הביא דבריו הכנה"ג יו"ד סי' רל"ט הגה"ט אות קכ"ח וז"ל ב' עדים מעידים שביטא בשפתיו הנזירות וב' עדים אחרים מעידים שהתם אבל לא ביטא בשפתיו א"כ אוקי תרי כו' והוא מחלוקת אי איסור תורה או דרבנן ומאיסורא לא נפיק יע"ש ולכאורה יש ללמוד מדבריו דפשיטא ליה הפך ס' הרב מהרא"נח דהכא בנדון מהרשד"ם מהר"י שמוע היה טוען טע"ב שלא ביטא בשפתיו שום דיבור ואפילו עקימת שפתים ועכ"ז פשיטא ליה למהרשד"ם דמאחר דבין לכת הפוסקים דת"ות ס' דאורייתא ובין לכת הפוס' דהוי דרבנן מאיסורא לא נפיק לא אהניא ליה טענתו שטוען ברי לי אשר מטעם זה היה נר' מ"ש מרן מהריק"א בתשו' בס' אבקת רוכל סי' קל"ב רמזו הר' כנה"ג ז"ל שם ע"ד הרב מהרשד"ם ז"ל וז"ל עוד כתב כו' המחלוקת הזה פלא בעיני והיה ראוי שישמיענו אותו באיזה מקום הוא כי לא ידענו מקומו איו והס' מחייבת בהיפך לו' שאין כאן איסור דאוקי תרי כו' ואוקי גברא אחזקתי' דמעיקרא דהיינו חזקת היתר כי היכי דאמרי' אוקי אתתא אחזקתה ואוקי ממונא אחזק' קמא כו יע"ש . ולכאורה כוונת מהרשד"ם היא פשוטה והמחלוקת דת"ות הוא גלוי ומפורס' ואין סתירה כלל ועוד מאי דסיים מרן כי היכי דאמרינן אוקי אתת' אחזקתה כו' זה אינו דבין לכת הפוסקים דס"ל דת"ות ס' דאורייתא' איכא איסור' דאורייתא' ובין לכת הפוסקים דהוי דרבנן סו"ס מידי ספיק' לא נפקא וכאמור

אמנם לפי מ"ש דכל היכא דאיכא טענת ברי לי אין כאן איסור ומבואר בסוגיא נפ"ב דכתובות דהאניא האי טעמא בין למ"ד תרי ותרי ספיקא דאורייתא' ובין למ"ד ספיקא דרבנן וכמו שהעמיק הרחיב הר' מהרא"נח ודמי לאם נשאת לא תצא ואין בנו כח לכו' אותו שיקיים נזירות ועי"ז חרה אפו של מרן ע"ד מהרשד"ם דהיכא תלא מחלוקת זה אף בכה"ג בבא בטע"ב לי דכל כי האי אמרי' אוקי אתת' אחזקתה דמעיקר' זהו נר' לצדד בכונת מרן הגם דלישנא של מרן אינו מדוקדק שכת' והסבר' מחייי' כו' יע"ש ולמה תלה הדבר בסברה והלא תלמו' ערוך הוא

איך שיהיה מנו' לכאו' דזה הוי מחלו' בין הרב מהרשד"ם שכמהרא"נח דלדע' מהרא"נח אין כאן שום נדנוד איסור ולדעת מהרשד"ם איסור' רביע עליה או דאורייתא' או דרבנן הגם דבא בטענת ברי לי אינו מצילתו מידי איסור' ונר' דליכא מחלוקת בזה וגם מהרשד"ם יודה לדעת מהרא"נח דכל היכא דבא יבא בטענת ברי לי לא חיישינן ומהימנינן ליה וטעמו של מהרשד"ם הוא דבריר ליה להר' ז"ל דיש כאן אומדנא מוכחת דהכת האומרת דלא ביט' בשפתיו אלא התם לבד עולה היא והורא' היא דביט' ואמר וזהו מה שסיים מהרשד"ם ומאיסור' לא נפיק עם שהאמת יורה שהשנים המעידים שלא הוצי' כו' שהם עידי שקר כו' וס"ל להרב ז"ל דע"כ לא אמרו בתלמו' דטענת בריא לי מהני' היכא דאיכ' עדות מוכחשת אלא היכ' דליכ' אומדנ' לאחד מב' הכתות אמנם היכ' דאיכ' הוכח' והוראה כעדות אחת מן אלו הכתות פשיטא ליה להר' ז"ל דבכל כי האי גוונ' ל"מ טע"ב ומרן ז"ל דחילק על מהרשד"ם לפי מה שצדדנו בכונת דברי מרן היינו משום דלדבר ביאור דעתו מרן דאין כאן הוכחה והוראה כלל

באופן דהאי דינ' דאסברא לן הר' מהרא"נח מסכים והולך מרן ומהרשד"ם דכל היכא דטוען המוחזק ברי לי מוציאתו מן הספק כל דלגבי דידיה הוא ודאי הגם דכל לגבי דידן ספק הקול הוא לא מכרע' ספיק' דידן לאורועי כחו של מוחזק דאין ספק מוציא מידי ודאי

אפא שאחר החיפוש ראיתי למהרא"נח שם בח"ב סי' פ"ז דסותר כל מה שכתבתי דהשיב על נדון הנז' בשאלה שהלוקח התנה והוו תרי כתי כת אחת מעידה דהתנאי היה עד זמן מוגבל וכת אחרת שיה מעידה דלא היה זמן מוגבל כו' וכתב בסו' התשו' וז"ל ולא עוד אלא דנדון זה עדיף טפי דאפי' כשבאת לו' דהתנאי קיים לא הוי אלא בחוזר ומוכרו לו שמן הטעם זה מותר לאכול הפירו' מאח"כ כהביא דהרשב"ז שנר' מתוך דברי הא' של דברי האומרים שהיה שם תנאי המכר בטל מעיקרו ואפי'
נאמר

נאמר דהרשב"א מיירי כשהיה התנאי אחר גמר המכר דוקא דאם לא כן נצטרך לומר שהיה הדבר באיסור בשעת המכירה דקאמר היינו אחר גמר המכר מיד ודייקא נמי כו' דאם בשעת המכר לא היו צריכין לקנין ומפני שהיה התנאי אחר גמר המכר דן הרב שהלוקח מוחזק משום דאינו אלא כחוזר ומוכרו אע"פ דאין נראה כן מלשון המכר בעל ומלשון יש לו להסתלק יע"ש

הנה מתבאר מדברי מהרא"נ"ח בת' הלזו דהבין כן מהכרה הדיוק וכן מהכרח הדין דתשו' הרשב"א הלזו דהרש לא מיירי אלא דהתנה אחר גמר המקח דוקא אבל מעתה זה סיים הרב מהרא"נ"ח ומפני שהיה התנאי אחר גמר המקח דן הרב דהלוקח מוחזק משום דאינו אלא כחוזר ומוכרו כו' דמשמ' דאל"כ לא היה דן הרשב"א דהלוקח מוחזק אלא היה מחזיק את המוכר מילת' דאיסו' דאם נאמר דהרשב"א מיירי שהיה התנאי בשע' המקח כנר' מל' המחבר כו' צריכין למי' דהרשב"א לא דן אלא לת' דממונ' ולא לת' דאיסורא וזה אינו במשמע איך שיהיה כל היכא כולך דס' מהרא"נ"ח הוא לדון בהאי דינ' היכא דהתנאי היה בשעת המכר דמתבטל התנאי מעיקרו עפי הכת המעידה כך א"כ נמצ' שהיה הדבר באיסור והו"ל ספק איסור ומאיסורא לא נפיק

אולם שאני תמיה ע"ד מהרא"נ"ח הללו דמלבד שסותר דבריו דסי' מ' דשם העמיק הרחיב בסוגיאות ובפוסקים וכך עלתה הסכמתו שם דמהימנינן היכא דאיכא טענת ברי לי

עוד איכא להתמוהי ע"ד הרב מהרא"נ"ח על מה שהכריח דאי הרשב"א מיירי בשעת המכר לא היו צריכים לקנין כו' הלא הרואה יר' דמאי דנקט הרשב"א בשעת המכר והקנין הוא קנין המוכר בשעת ההקנ' וכך למזנם של הפוסקים ראשונים ואחרונים ז"ל עוד היכ' להתמוהי ע"ד הרב דהאי אוקמת' דקא מוקים הרב בדברי הרשב"א דה"א לא אפשר לאוקמי הכי בדברי הרשב"א בתשו' ח"ב סי' רכ"ט והיא תשובה שהבי"ה מרן בסי' ל"ט דהא לדברי הרשב"א סובבים והולכים על דברי הבירורים שהביאם שם בתשו' וזה לשונם ואנו הבירורי' עמדנו כו' כיון שבירר המוכר כי ע"ת היתה מכירת הכרם הרי התנאי קיים כו' ואוקי תרי כו' ואוקי נכסי בחזקת המוכר וע"ע ביאר תשו' של הרשב"א דכיון דלוקח זה כדין ירד כו' אלא דהש' בוא בתנאי אמרי' אוקי ארעא בחזקת הלוקח יע"ש הרי מפו' יוצ' מדברי הרשב"א מתשו' הלזו דא"ב דאף דלפי טענת כת המעידה דהיה תנאי בעיקר המכירה ועל פי אותו תנאי גמר והקנה עכ"ז דן הרשב"א דזכה הלוקח במקחו ושפיר קא אכיל והגם דכבר כתבנו לעיל משם הרב כ"ע דמתרץ לה דאין ענינים בכרם וכנז"ל הנה מלבד דכבר עמדתי ע"ד כנ"ל הרי הרב כהונת עולם עצמו בתשו' סימן פ' דס"ה הכריח לגזירה ופי' לדברי הרשב"א ז"ל אף בדאיכ' כירות יע"ש ועיין בתשו' הכנ"הג חיו"ד סי' קפ"ח דהתיר ורמותיה לקמן

ומעתה תמה עלות דברי הרשב"א ז"ל בת' הכרם הם מגוהרים דלא הא כלל

לאיסור' ולא עלה על דעתו ליש' וליתן בדבר הל' במילת' כדנ' דבין למ"ד דת"ות ספק' דאורייה' ובין למ"ד דת"ות ספיק' דרבנן מאיסו' לא נפיק צריך לו' מאחר דתלמוד ערוך הוא דלא נאמר האי דינ' היכ' דבא יבא בטענת ברי לי לא השוגם מהרא"נ"ח הההים הכי בפשיטות בתשו' סי' מ' הנ"ל והעמיק הרחיב בהאי כללא וכך עלתה ההלכה להתיר לפום דינא הגם דבתשו' הלזו דסי' פ"ו לא העלה כדמ זהר דבסי' מ' שם הוא עיקר ההקל' וטרי' אמרינן שיג' בדוכתא עדיפא ומה גם דמאי דקא מוקי' בדברי הרשב"א ז"ל מה"ת לא סלק' שמעתתיה בדברי הרשב"א מה"ב גם דברי מהרשד"ם ומרן מהריק"א כבר כתבנו דהכי ס"ל עם שלדברי הרשד"ם לפום ריהטא מוכחים להיפך גם לדברי הרב כהונת עול' דלדידה לאסור' בקונטרים הנה בתשו' כתב להיתיר' וכנז"ל וא"כ גם בנ"ד הכי דיינינן דזכה ש' בהנות ואין כח בידינו להוציאו מהזקתו מאחר דבא בטענת ברי לי דלא היה שום תנאי כלל מהימנינן ליה וכפסקו של הרשב"א ז"ל

והיה אפשר לסיועי להך פסק' דידן ולצדד ולומר דכבר נודע מחלוקת גדולי האחרונים היכא דפתיך בהדי איסור' דררא דממונ' הגם דבעלמ' דאיסו' ל"א קי"ל היד איסו' גרידא אבל היכא דאיכ' איסור' וממונ' אמרי' קי"ל ושכנגדם חלוקים על סברי' כלזו יעויין להרב שכנ"הג בתשו' ה"מ ח"א סימן מ"ע ובכנ"הג ה"מ סימן כ"ה הגב"י אות ס"ו ועי' חשק שלמה שם אות ע' מע"ש שם וכתב שם הרב כנ"הג אות ס"ח ונ"ל יש מי שסובר דהא דהיכ' דאיכ' ממונא ואיסור' לא מצי לנימר קי"ל היינו היכא דאף לשי' המתיר איסו' דרבנן איכא אבל היכא דלשי' המתיר אפי' איסו' דרבנן ליכא יכול לומר קי"ל אף שאם ניחוש לסברת האוסר איכא איסור' דאורייתא ומהר"י הלוי חולק וכבר הוכחתי בתשו' בראיות כלע' הראבון יע"ש

ומעתה מאחר דכבר הפריש לנו הרשב"א בתשו' הלזו דכל היכ' דהכחש' העדי' הוא בתנאי דינא הכי הוי דהזוכה הוא הלוקח א"כ הגם דשייך בהאי דינ' דממונ' איסור דנגרר ממנו והו"ל לומר תו"ת הוא ומאיסור' לא נפיק מ"מ הא לצד העדים המעידים דלא היה שום תנאי כלל א"כ אין כאן שום איסור כלל ואפי' מדרבנן וכבר העד העיד לנו הרב הכנה"ג דהאריך בתשו' דכוותיה של הרב החולק דיינינן וכן מצאתי לו בתשו' חיו"ד סימן קפ"א דפסק הכי ועיין להרב כהונת עולם סימן קס"א ד"ג ע"ג שהבי' דברי הרב החולק ודברי הרב כנה"ג ז"ל המסכים עמו להתיר

אמנם ראיתי להרב כנה"ג עצמו שם בתשו' סימן קנ"ג דקמ"ה ע"ד שכתב וז"ל ואחר זמן כו' ואף על פי ששם הבי' בשם רב אחד דכל היכ' דלסברת המתיר אפי' איסור' דרבנן ליכ' יכול לומר קי"ל כו' סברת יחיד היא יע"ש דכ' דלא קי"ל הכי הנה הרב ז"ל סותר עצמו מכמה מקומות שקם והעיד שהוכיח בראיות ברורות בתשו' שהדין הוא עם הרב החולק דס"ל דמצי אמר קי"ל ואיבר' דעדין לא מצאתיה כעת תשו' הלזו ועיין שם בתשו'

סימן

סימן ק"ז וקל"ו ודו"ק. עוד היה אפשר לצדד דהא האי דינא נמוכר ע"ת אינו מוסכם דהוי רבי׳קלול׳ יעוין סימן קע"ד והרב כנה"ג שם ביו"ד בתשו׳ סימן קפ"א דקל"ב סע"ג כתב וז"ל עוד טעם כו׳ שכבר ידעת מחלוקת הפוסקים בזה היכא דהתנה המוכר לכשיהיו לי כו׳ שיש אומרים דהוי אבק רבית ויש אומרים דהוי ר"ק כו׳ וכיון דאיכא פלוגתא יד המוחזק בה השתא על העליונה כיון דלדברי כלם בדין ירד בשדה בחורת מכר יע"ש הרי בהדיא דסמך דעתו הרב כנה"ג להוציא לאור משפט לזכותו ללוקח וחילי׳ מתשו׳ הרשב"א הנז׳ דהרם

ואיברא דבפלוגתא הנז׳ רובם סוברי׳ דהוי ר"ק והרב כ"ע בד"ז לא רצה להתי׳ ולומר קי"ל ברובם שסוברים דהוי רבית קצוצה אלא במחלוקת שקול יע"ש ובנ"ד דהוי ס׳ שקול ממש שפיר דמי והגם שאנו מלמים פלוגתא דרבוותא לס׳ דמציאות וכנדון דידן מ"מ לסניף בעלמא אהניא לן וע׳ להרב הק"ל יו"ד ח"ב סימן י"ל שכתב דכל ס׳ שקול באיסור רבית נמי אמרינן אוקי אחזקתה דהוקת ממון אלים טובא דבכל התורה קי"ל רובא וחזקה רובא עדי׳ ובממון אין הולכין אחר הרו׳ נגד חזקה משום דהוי חזקה אלימתא וא"כ בודאי דאין מוציאין בס׳ הקול כו׳ יע"ש ועי׳ תשו׳ מהרי"ט אלגאזי שם בהק"ל סי׳ך׳ ובס׳ הק"ל אה"ע סימן מ"ג יע"ש הנלע"ד כתבתי שי המדבר

הצעיר **אליעזר די טוליד"ו** ס"ט

סימן ע"ח

שאלה ראובן שהיתה לו שותפות עם שמעון מסך מה והקנה לו ללוי מכוללו׳ השות׳ כ"מ ומעות דבכוללות השות׳ היו סחורות ומעות והוב׳ על אחריות הקנה לו ללוי בשטר שותפו׳ בכתיב׳ ומסירה וגופא דעובדא בא לפנינו לפני ב"ד הצדק לאשר ולקיים שטרא דנא ונסתפקנו לכאורה אי נאמר דינא דכתיבה ומסירה בהקנאת שטר השותפות או לא כאשר נבאר

הנה לכאורה כבר השמיענו הרא"ש בפ׳ ג"פ סימן כ"ג דע"כ לא תיקנו חז"ל דאותיות נקנות בכו"מ אלא דוקא בשט"ח ובשטר קניה אבל בשט׳ ראיה דעיקר קנית השדה היה היה באחד מהקניני׳ כגון בכסף או בחזקה או בק"ס וכתבו השטר לראיה אם מכר אותו השטר ראיה בכו"מ לא קנה ואעפ"י דכתוב בו אחריות מ"מ לאו שטר קנין הוא ופסקו הטו׳ סימן ס"ו סעי"ג ואע"ג דר׳ ישעיא חלק על הרא"ש וס"ל דאף בשטר ראיה תיקנו הו"ל דאותיות נקנו׳ בכו"מ וכן דעת הרמ"ם שם בהי׳ סי׳ ל"ב מ"מ היינו דוקא בשטר ראית קרקע דאית ליה מיהא לההי לוקח שעבוד נכסים דאי טרפי מיניה דההי לוקח הקרקע הדר וטור׳מן המשועבדין והו"ל כשט"ח גופיה דאי׳ליה שעבוד נכסים ואע"ג דלא נכתב דאחריות ט"ס הוא אמנם בשטר שותפות דעיקרו הוא להודיע שחלקים והקרנות וקיום השותפות בהא כ"ע מודו דאינו נקנה בכו"מ

ונבר כתב הרדב"ז בהלכות מ"א סימן קל"א דשטר שותפות לא דמי לשטר חוב שהרי לא נכתב אלא לקיום השות׳ כו׳ וכיון שהשטר עומד לראית השות׳ לא מלי למי׳שטרךבידי מאי בעי ונאמן לו׳ פרעתי כו׳ יע"ש גם הפ"מ ח"ב סימן י"ב בא בשאל׳ על שטר שותפות דנאמן לומר פרעתי והשיב וז"ל מעתה כו׳ לעיקר שפיקו של שואל כו׳ דעתי נוטה דאין לו דין שטר. לגבי הלוקת פרעתי דהרי רוא׳ אני דכל עצמו של השטר זה לא נעשה אלא לברר ולהודיע שיש ליהודה ס"מ ונעשה השטר כו׳ למען יעמדו ימי׳ רבים לראיה שלא יכחישו מציאות השניינים וה לזה כו׳ הבל אה"נ דנאמנים ההברים לומר פרענו ליהודה ולע"ד יש להביא ראיה מההיא דפ׳ השואל עכ"ל הנה מפורש יוצא דכל שעיקר כתיבת השטר לא נכתב אלא להודיע הקרנות והחלקים של כל אחד ואחד אין דין שטר עליו שלא לומר פרעתי מאחר דכתיב׳ השטר לא בא אלא כדי שלא יכחישו אהדדי איזה ההשה ועי׳ להסמ"ע סימן ש"ו שכתב כיון דשטר שכירו׳ ניתן ליכתב מתחילה כדי שלא יחזיק שוכר הגם דכתוב בשטר פרעון השכירות וכתוב בשטר וקנינא מיני׳ ע"כ מאי דכתוב לעיל אמרינן דלא קאי הענין של קנין הכתוב בשטר על הפרעון אם לא דכתב שטר בפ"ע ע"ד השכירות כו׳ או לא יוכל לומר פרעתי יע"ש לאו דוקא שטר בפ"ע דהא הריב"ש שם סימן ש"ג לא הצרי׳ אלא דבשעת הקנין יפרשו נמי שיהיה אף על הפרעון ועיין להרב ש"ך שם מש"כ ע"ד הסמ"ע יע"ש.

וכפי זה יש לעמוד על הר׳ כנה"ג סימן קע"ג הגה"ט או׳ ל"ג דנסתפק אם שותפות בשטר אם גובה חלק חבירו ממשעבדי כו׳ יע"ש דלפי האמו׳ מאחר דנאמן לומר פרעתי איך שייך למימר טירפא (א"ה עיין להגאון הרב הק"ל ח"מ סימן נ"ט דנ"ו ע"א דדקדק מדברי הרב כנה"ג הללו דפשיט ליה דבשטר שותפות לא מלי למימר פרעתי היכך דעת הרדב"ז ומהר"ם אלשיך שהביא כאן רבינו המחבר ז"ל ומכח פשיטות זה בא לכלל ס׳ אי גבי ממשעבדי ולענין קי"ל לידד לומר דלא אמרינן קי"ל כהרב כנה"ג דלא ברירא מלתא בהדיא אי ס"ל כן אלא דמדקדוק דבריו יוצ׳כן)

ועוד איפא להוכיח דנאמן לומר פרעתי מסוגי׳ דפ׳ המוכר את הבית דבעיא מניה רב עמרם מרב האדה המפקיד אצל חבירו בשט׳ וטוען החזרתי מהו והשיב דנאמן לו׳ החזרתי במיגו דנאנסו ולא מצי למימר שטרך בידי מאי בעי יע"ש ומינה במילתא דשותפות דאי טעין חד לחבריה נאנסו דמי השות׳. כלן או מקצתן או מקצת הסחורות דנאמן וא"כ מינה דנאמן לו׳ פרעתי וכ"ש הוא ומה התם בפקדון דעיקר כתיבת השטר הוא לראיה על הפקדון עצמ׳ שהפקיד אצלו עכ"ז פסקינן דנאמן כ"ש בשטר שות׳ דעיקר כתיבתו לא נכתב אלא לברר ולהודיע הקרנות שלכל א׳ וא׳ וגם לענין הריוח לגלות הדבר חלקו של כל שותף ושותף דנאמן

ואחר החיפוש ראיתי להר׳ מהרימ"ט בת׳ ה"א סי׳ קכ"ט דנשאל ע"ן והשיב וז"ל [illegible]

אות' שנשתתפו נהלק שוים והשכר הולקים בשוה נאמן כשותף לו' החזרתי לך חלקך נמשלם הע"פ שחבירו מוליא לו שטר והיינו בעיא דהמפקיד אלל חבירו בשטר כו' אבל אם אין החלקים שוים כגון שזה הוליא מנה וזה הוליא שלש מאות וחולקין בשוה כו' אינו נאמן בעל הק' שבידו עסק השו' לו' החזרתי לך כל חלקך דהא כי אמר נאנס הכל עדין חייב לו במותר חלי נזק שבוא ק' שחייב באחריותו והיינו ההיא דשטר כיס כו' דפלגא מיהא גובה אפי' מן היתומים כו' עכ"ל

גם מהר"ם אלשיך סי' ד"ן רמוז הרב כנ"הג ח"מ סי' ע"ל הג"הט אות כ' נשאל מעיוות על ר"וש שהלוו מעות לגוי בריבית בשוה' ושטר נכת' ע"ש ר' וכתב ר' שטר לש' איך במעות שהלוהו לגוי הם בשוה' כו' והוב טען ר' שכבר פרע חלקו לש' ומה שנגבה מן הגוי וטוען ש' שלא פרע לו כלום אם טענ' ש' טענה והשיב דנאמן ר' וראיה מההיא דהמפקיד אלל חבירו בשטר דנאמן במיגו דנאנסו יע"ש וכבר ראיתי להכנ"הג סי' רל"ו הג"הט אות ו' ואות י"ב שרימז השו' מהרימ"ט ותשו' מהר"ם אלשיך הנז"ל

באופן דמתברר מדברי גדולי אחרונים ז"ל ה"ה הרדב"ז ומהר"ם אלשיך ומהרימ"ט והר' פ"מ דנאמן השו' לו' פרעתי כל חלקך הכתוב בשטר השו' ולא מגריעא טענתו ממה שיש תחת ידו של חבירו שטר השותפות אלא שיש לדקדק ע"ד הרב מהרימ"ט דהשמיענו דהיכא דאין הקרנות שוים דאז אינו נאמן השות' על המותר בטענת נאנסו כיון דדין מלוה יש לה ועסקא מקריא דהא רובא דרבוותא ס"ל דע"כ לא נאמר האי דינא בעיסקא דהפלגא יש לו דין מלוה אלא דוקא היכא דהמתעסק לא הוליא קרן המנה היכא דשניהם נשתתפו במעו' דכל אחד והוליא' חלקו הגם דהא' הוליא' יותר מחלק חבירו אין כאן דין עסקא ואין כאן דין מלוה וכמ"ש הרי"ף בשערי' שער ה' והסמ"ג מע' סי' פ"ב דהגם דזה הוליא ק' וזה הוליא' מאתי' והא' מתעסק כל היכא דאית' שיתו' ממון אין כאן דין עסקא וכן דעת הריטב"א הב"ד הרב בה"ו בעובדא דר"א מהגרוניא וכן פסק מור"ם ביו"ד סימן קע"ז והרב כנס"ג שם הגב"י אות כ"ב כ' וז"ל ומ"מ לדידן נראה דאין לומר קי"ל כהרמב"ם דיחיד הוא בדבר הזה יע"ש

והגם דהרב כהונת עולם בתשו' סי' ל"א ובחי' על הטור סי' קע"ז דל"ח ע"ד עמד ע"ד הכנ"הג הללו דרבינו ירוחם ז"ל קאי בשיטתו של הרמב"ם יע"ש וגם הרב מ"ץ הכי ס"ל יע"ש מ"מ רובא לא סברי הכי וכי תימא דהרב מהרימ"ט ז"ל בשיטה הלזו קאי כיון דהרמב"ם ורבינו ירוחם ס"ל הכי ונפרע כפי מ"ש הרב משפט לדק דהראב"ד ז"ל ג"כ קאי בשיטתו של הרמב"ם ז"ל מדלא השיג עליו מ"מ הא לא מכרעא דמהרימ"ט ז"ל אמרה לשמעתי' הגם דעסקו בידו וסמיך עלה מסוג' דשטר כיס כו' דמפקינן אפי' מיתמי

ואיברא דהשתא דאתינן להכי דפשיטא ליה להרב מהרימ"ט דשטר שותפות על המותר יש לו דין שטר גמור ולא מצי למימר פרעתי

והחזרתי היה אפשר לומר דהרב כנ"הג תלמידו פשי' ליה הכי מדהביא דבריו בסתם בסי' רל"ו ומש"ה בא לכלל ס' בסי' קע"ו אות ל"ג וכנז"ל דמאהר דלא מצי למימר החזרתי אם גובה ממשעבדי פלגא היותר מהמנה שהוליא חבירו דנעשה לו המשים מלוה אלא דזה אינו במש' דמלבד דהתם ביו"ד סי' קע"ו פסיט ליה היכך דאין כאן דין מלוה כלל עוד אחרת דמאי מסיק דאינו גובה ממשעבדי דהא טעמא דמפקינן מיתמי האי פלגא כפי דעת הרב מהרימ"ט משום דלא מצי טעין החזרתי משו' דהיתרון נעשה לו מלוה א"כ אמאי לא גבי וממשע'

שוב ראיתי להרב פאת נגב יו"ד סוף סי' ע"ו שכתב ע"ד הכנ"הג הללו דח"מ סי' קע"ו וז"ל לדברי הרב כנ"הג ל"ינ דכההוליא זה מנה וזה מאתים כו' נמלא שההמשים של זה נעשו מלוה ע"ו ולא גרע מפלגא מלוה דעסקא דגבי ממשעבדי יע"ש והרי זה כקושיין אלא דמאי דפשיט ליה להרב דהיתרון שהוליא חבירו נעשה לו לשכנגדו מלוה דומי' דעסקא וגבי ממשעבדי לפי האמור דרובא דרבוותא ס"ל דכל שיהו' דבוי ממון בממון אף שזה הוליא ק' וזה שוליא מאתים והאחד מתעסק אין כאן דין עסק' כלל א"כ לא מפקינן ממשעבדי וגרע מעסקא דתלמוד'

איך שיהיה בשטר שותפות מצי למיטען החזרתי ולא מצי למימר שטרך בידי מאי בעי מחרי טעמי חדא דכיון דלא נעשה אלא לקיום השו' לא מצי למימר שטרך בידי מאי בעי וכנז' ועוד דכל היכא דשמי בידיה דשותף למפטר נפשיה בשו' טענ' לא אלים כח השטר שביד חבירו לבא עליו בטענה שטרך בידי מאי בעי ומעתה לא מצי לאקנויי בכ"ומ וכן הביא הרב כנ"הג ח"מ סי' ס"ו הגה"ט אות כ"ח משם מהרימ"ט דשטר פקדון וכן שטר עיסקא שפלגא מלוה ופלגא פקדון חלק הפקדון אינו נקנה בכ"ומ אפי' לדעת ר' ישעיה כו' דמצי לו' החזרתי כו' יע"ש ודון מינה דבנד"ד ג"כ דהוי שטר שותפו' דמצי למטען החזרתי וכאמור אינו נקנה בכ"ומ

אלא שמדברי הראשונים מתברר היפך סברת מהרימ"ט וס"ל דשטר פקדון נקנ' בכתיב' ומסירה דהנה הרשב"א בשני מקומות מפשט פשיטא ליה דשטר פקדון נקנה בכו"מ דהלא בתשו' ח"א סי' אלף ול"ה כתב דכת"י מודבן בכו"מ אפי' לדע' הגאוני' דמצי טעין פרעתי דהטו שטר פקדון מי לא מודבן יע"ש וכן בסי' אתקפ"ד נשאל ע"ז אי כת"י מודבן בכו"מ והשיב דנקנה ואדע שאף בשטר פקדון שיכול לומר החזרתי ודאי דיכול למוכרו יע"ש והכי איתא במיוחסות סי' ע"ו ושם בא מפורש אפי' שטר פקדון כו' וע"פ זה נסתלק תמיהת הרב גד"א ז"ל שער נ"א דס"ה דהבין דראית הרשב"א היא מפקדון גופיה יע"ש הרי מבואר דלא כסברת מהרימ"ט דתלה הא בהא

גם ראיתי להרמ"ה בפ' מ"ה דרכ"ב ע"א שכ' וז"ל ש"מ מדרבנן וכי תימא אמאי אצטריך כו'

כו' בשטר פקדון כו' לי מזבין ליה לשטרא נמי וכתב ליה קני כו' ושוב אין המוכר יכול למחול והוא דקני באגב כו' אבל בכו"מ גרידתא לא קני לפקדון דהא מטלטלי בשטרא לא מיקנו יע"ש הנה מתבאר מדבריו דכדי שיחול בקנית שטר פקדון הקנאה מן התורה ושוב אין המוכר יכול למחול אז הוא דצריך קנינים באגב וכיונא אמנם אם הקנהו בכ"ומ לפקדון גופיה לא קנו ליה מטעם דמטלטלי בשטרא אין לו קנין ברם לשטר גופיה מקנא קני ליה מדרבנן מיהא

גם ראיתי לרבינו ירוחם נ"ד ד"ן ע"א וז"ל כתבו הגאונים דכתי' נקנה בכ"ומ ואפילו למ"ד דנאמן לומר פרעתי כו' דהא שטר פקדון נקנה בכ"ומ עכ"ל הרי מבואר מדברי שלשת הרועים הרמ"ה והרשב"א בג' מקומות ור"יו דפשיט להו דשטר פקדון נקנה בכ"ומ הגם דתלי למיטען האורחי דלאו הא בהא תליא ושלא כדעת מהרימ"ט וכי תימא להרא"ש דס"ל דדוקא שטר קנין הוא דנקנה בכ"ומ אבל בשטר ראיה לא נימא דפליג על דין זה דשטר פקדון וס"ל דאינו נקנה בכ"ומ הא ליתא דהא הטור הגם דפסק כס' אביו הרא"ש עכ"ז שם בשעי' פסק דכת"י נקנה בכ"ומ הגם דהטור בסי' ס"ט פסק כשב' הגאוני' דסברי דנאמן לומר פרעתי יע"ש וכמו כן יש להכריח מדברי הרא"ש גופיה דלאו הא בהא תליא דהא פסק שם בפ' גט פשוט דבכת"י נאמן לו' פרעתי ואפ"ה פסק בתשו' דכת"י נקנה בכ"ומ וכמ"ש מרן ב"י סימן ס"ו ס"ה דהביא דברי ר"יו הנז' ואם תשאל השתא דהוכחנו דלא תליא הא בהא והוכחנו נמי מדברי ר"יו עצמו דאף דס"ל כהרא"ש דשטר ראיה אינו נקנה בכ"ומ עכ"ז פשיטא ליה דשטר פקדון נקנה בכ"ומ איכ' למפרך מאי שנא דכי היכי דשטר פקדון נקנה בכ"ומ הגם דעיקרו נכתב לראיה בידו של מפקיד כמו כן נמי נימ' בשטר ראית קרקע שהקרקע כבר הקנה לו בשאר קנינים ושטר נכתב לראיה בידו למה לא הקנה בכו"מ הא לא מכרעא דכבר אסברא לן הרא"ש והביא דבריו הטור דלא יפינן כחו של שני מן הראשון שהרי גם הראשון לא קנה השדה באותו שטר כו' יע"ש

העולה מכל מ"ש לפום דינא הוא דשפיר מקנית שטר שותפות בכ"ומ הגם דאינו אלא לראיה בידו וכמו שהוכחנו מדברי הראשו' גם ראיתי בתשו' מהרא"ש ח"א סי' א"ך ורימזו הרב ח"ש שם סי' ס"ו דפליג על סברת מהרימ"ט והביא ראיה מדברי ר"יו הנז' וכמו שכתבנו גם הרב מט"ש שם ס"ק ל"ח בהג"הט הביא תשו' הרדב"ז דסי' ל"א שדבריו ברורים דמהני כ"ומ יע"ש

ואיברא דאילולי דברי הראשונים שכתבנו הוה אמינא בהשקפה ראשונה דאין ראיה מתשו' הרדב"ז הלזו היפך סברת הר' מהרימ"ט דכוונת הרדב"ז הוא אחר שהכריע דאפלגא דפקדון לא זכו בו עניים משום דטענינן ליתמי האורחי הייס וכתב דאיירי הרמב"ם במקדיש שטר עסקא בכ"ומ כו' וכי היכי דיכול להקנות החוב שבשטר היינו מה שנק' מלוה דהיינו פלגא דמלוה וע"פ זה תנא הלות ההקדש והוצרך הרמב"ם לאמר דל"מ לפלגא דפקדון דלא מפקינן מיורשי המעון אלא אפי' פלגא דמלוה לא מפקינן משום דהם אינם יכולין לישבע כו' ולא איירי הרדב"ז אפלגא דפקדונא אי נקנה בכ"ומ או לא דכיון דלא מפקינן מיתמי מה יושיענו אי נקנה או לא

ואין לפקפק בנ"ד מאחר דהקנאת שטר השות' לא היה הקנאה כל השטר אלא מחציתו דעדין אגי' גבי מוכר ונותן דנמצא דהמסירה איננה לגמרי ונימא מאחר דמכירת שטרות לא הויא אלא מדרבנן לכת הפוס' ז"ל בכה"ג לא תיקנו וכמו שנסתפק מהריק"ש סי' ס"ו סע"ג דהא מיהא הסכי' לסוף דינא דיכול למכור החצי ויאמר כל שעבודא דאית ביה מהך כ"ול ואע"פ שעדין גוף השטר אינו של קונה בשעת מסירה לגמרי מהניא וע"ש ראיתו ואף דיש לדון עליה דהא אנן לכת הפוס' הסוברים דמכירת שטרות דרבנן קיימינן דלכת הפוס' דסברי דהוי דאורייתא מינה דאף אם מכר החצי מהני כי היכי דבמוכר חצי שורה ומשך או הגביה הלוקח החפץ מהני הגם דאינו מבורר מה שקנה מ"מ מאחר שהגביה כלו מהני וכאשר מפו' במ"א מינה במוסר שטר מהני כשהגביהו הגם דלא דמיין אהדדי דהתם במטלט' גופייהו הוי הקנייה והקנין לא כן במוכר שטר דאין הקנייה והקנין בעיקרו של דבר מ"מ מאחר דמדאורית' מהני מ"ל מסירה מ"ל משיכה וכיוצא

איך שיהיה כבר השכים מהריק"ש שם דמהני גם הרב פרי הארץ ח"מ ח"א סי' ד' רימזו הרב ח"ש שם הנב"י אות ה' הסכים לזה יע"ש ודרך אגב ראיתי להרב פרי הארץ שם בדמ"א ע"ג דעמד על תמיהת הרב גד"ת כאשר כתבתי למעלה וכתב ואי לאו דמסתפינא הייתי אומר דראיית הרשב"א היא משטר עסקא דהוי פלגא פקדון כו' ובזה הוה מיתבא שפיר תמיהת הרב גד"ת אלא דאינו נוח לי יע"ש ואנן בדידן כבר כתבנו לעיל תשו' הרשב"א ז"ל דמיוחסות סי' ע"ו דמפורש שם דראיתו הוא משטר פקדון וכאמור

גם מתשו' מהרימ"ט ח"ב סי' מ"ד דנשאל על אלמנה שהיתה ש"מ ונתנה מקצת כתובתה לאביה ומקצתה לבתה ולא כתבה לו קני כו' והשיב וז"ל ויש לי לברר שאע"פ דהרשב"א ז"ל סבור דהגם במתנת ש"מ צריך שיאמר קני לך כו' יע"ש הנה מתברר דל"ש בריא ול"ש ש"מ מהני אף בנותן מחצית השטר והרב עדות ביעקב סי' כ"ב רימזו הר' ח"ש שם דעמד ע"ד מהרימ"ט מ"מ כתב שם דבמתנת בריא מהני אף במקנה לו מקצת החוב שבשטר ולא נסתפק אלא בש"מ דהברה המסירה איכא למיחש דמתירא שמא לא יעכבנו בידו מאחר שלא נתן לו אלא החצי שבשטר יע"ש באופן דמתברר מזה שכתבנו דאף במקני' מקצת חוב שבשטר בכ"ומ מהני ומעתה גם בנ"ד דהוי מחצית שטר השותפות מהני

אך אמנם מה שיש לדקדק בנ"ד הוא מאחר דאינו כתוב בשטר נ"ל דון והנכון לנפשך וכו'

ולכר כתב הרב בעי"הת שער נ"א ח"ל סי' ה' וז"ל ודע והנן כי יש מהמורים שהורו שלריך לכתוב בשטר המכירה ז"ל דון כו' ואי לא כו' מלי אמר ליה לאו בע"ד דידי את וכן דעת הראב"ד כו' יע"ש · והביא דבריו מרן ב"י סי' ס"ו מהו' ט' יע"ש וא"כ מאחר דאיכא פלוגתא דרבוותא במתנה כלוו וכאמור המי בידים דנותן למיהדר בטענת קי"ל כה' המורים ז"ל והראב"ד והגם דהר' בית אברהם דקכ"ה ע"א כתב דמאחר דהטור ומרן בש"ע לא הוכירו ה' המורים ז"ל נקטינן דכל דכתב ליה קני לך איהו כו' הגי יע"ש מ"מ לדילן דתפסינן דגל הקי"ל אין להוליא מיד במוחזק וכן ראיתי להרב מע"ש הגב"י אות ד' דפליג על סברת הרב בית אברהם והביא משם הרב ראש יוסף דכתב דיש לחוש לזה · אלא דאיכא למלתי דאיקראיה לנ"ד דע"כ לא אמרו המורי' ז"ל אלא דוקא לענין דהיית הלוה באמור לו לאו בע"ל דידי את אמנם המלוה עלמו לא מלי למיהדר ביה דהא כתב ליה קני לך הנלע"ד כתבתי הלעיר

אליעזר די טולידו ס"ט

סימן עט

שאלה שטר שהיה כתוב בו נאמנות גמורה כשני עדים כשרים למלוה וליורשיו עליו ועל יורשיו ומת לוה בחיי מלוה ואח"ך מת מלוה ובאו יורשי מלוה לגבות חובם מבני לוה וטענו יורשי לוה על בני מלוה פרענו לכם ובני מלוה טוענים לא הד"מ ועוד דכבר יש לנו נאמנות מאביכ' עליו ועליכם ויורשי לוה טוענים דכונת הנאמנות שהאמין אבינו לאביכם ולכם הוא דוקא שבוע' דהבא ליפרע או שבועה שלא פקדנו אבא אבל שבועה כוחת שאנו פרענו לכם כה"ג לא עלה ע"ד אבינו ואפי'אם יהיה באפשרו' שהיתה כוונת אבינו להאמין אף בכה"ג לאו כל כמיניה לחייב את עלמינו שכבר נתרוקן ממנו הנכסים יורנו מורינו הדין עם מי ובכמ"ה

תשובה אף כי אני יודע בעלמי שאין ידיעתי מכרעת מ"מ להפלרת השואל יצאתי חוץ ממחילתי בעזרת המקום ב"ה וזה האלי הנה האי ספיקא נמי שייך לאסתפוקי ג"כ במת מלוה בחיי לוה ובאו בני מלוה לגבות חובם מהלוה עלמו וטען עליהם פרעתי לכם ובני מלוה טוענים להד"מ ועוד דאנו נאמנים לך מכח הנאמנות וכתוב' בשטר שבידינו והלוה טוען דהוא לא האמין לכם אלא שבועה דנופלת עמהם מכח יורשים והיה נרא' לאור' דהיכא דכתוב בשטר והאמינו עליו ועל יורשיו למלוה וליורשיו בלי שום שבועה קו"ח לעולם ודאי דמכל מין שבועה פטרם ובין מת לוה בחיי מלוה ובאו בני מלוה לגבות חובם מבני לוה וכנ"ד ובין מת מלוה בחיי לוה ובאו בני מלוה לגבו' חובם מהלוה עלמו שפיר קא גבו

אף מה שיש להסתפק הוא היכא דכתיב בשטר והאמינו עליו ועל יורשיו לו וליורשיו כו' מאיזה מין שבועה פטרם והנה כתב הרשב"א הביא דבריו הרב בכלאל פ' הכותב גבי מהני' נדר ושבו' אין לי כו' דלדעת רש"י ואיכא מ"ד כל הפוטר את חבירו מידי שבועה וכתב לו שבועה אין לי עליך לא האמינו אלא עליו אבל יורשיו משביעין אותו שלא נפרע מכל אביהם בחייו ואפשהאמינו עליו ועל יורשיו אינם יכולין להשביעו על ספק מה שנעשה בחיי אביהם אבל על טענת עלמם כגון שטענו עליו שהם פרעוהו משביעים אותו שאין תנאי מועיל במה שנעשה לאחר שנתרוקן ממנו הנכסים ובאו אלל היורשים שאין הנכסים אלו מעתה שלו אלא של אחרים יע"ש וכן דעת הרא"ה והריב"ש שהביא דבריהם הרב בכלאל שם שהסלכה כר' יונה דירושלמי שאין לו כח לאב כיון שנתרוקן ממנו הנכסים ומעתה בנ"ד שפיר טענו יורשי לוה דלאו כל כמיניה דאב לפוטרם כיון שנתרוקן ממנו הנכסים

האמנם שכנגדם חלוקים עליהם הרמב"ן וכפי מ"ש הרב בכלאל שם וכמ"ש הריב"ש שפוסק הלכה כר' יוסי דירושלמי והרשב"א ג"כ דעתו כדעת הרמב"ן וכמ"ש הרב בכלאל שם ובתשו' ח"ג סימן ל"ח וט"ל וזה דעת הרא"ש שם שכתב וז"ל אף אם פגמ' כתובתה מן היורשים או יורשים מן היורשים פטורי' משבועה ופסקו הטור אה"ע סי' ל"ח וכן נר' מד' רבינו ישעיה מטראני ז"ל הביא דבריו הרב ב"א"ו שם שכתב וז"ל אבל משביע הוא את יורשיה פי' אעפ"י שהתנית עם אבהו כו' יכול הוא להשביעם בכל ענין שנופלת עליהם שבועה שאם אומר להם פרעתי לכם או פוגמים הכתובה או אמכם גזלה ממני כו'נשבעים כו' יע"ש וא"כ לפי זה כיון דהדר תני ואם כתב לה נדר כו'אינו יכול להשביע לא הוא ולא יורשיה היינו השבועות שנאמרו ברישא דאל"כ אלא דוקא שבועת היורשים הוא דמהני כלכי הא הי"ל לפרש כלי שלא נשבע

באופן דכפי מ"ש נמלא דהרמב"ן והרשב"א ור' ישעיה והרא"ש והטור ז"ל כולהו קיימי בהדא שיטה דמהני פיטור האב אף לאחר שנתרוקן ממנו הנכסים האומנם רש"י והאיכא מ"ד והרא"ה והריב"ש פסקו כר' יונה דירוש' דלא מהניא פיטור האב לאחר שנתרוקן ממנו הנכסים ועי' להרב בעל העיטור סוף מאמר המשי די"ב ע"ד ולהר' בעה"ת שער י"ד ח"ב סי' ח' דמוכח מדבריהם לכאו' דאזלי בשי' הרמב"ן ומה שיש לדקדק עליהם ממתני' דפ' הכותב ע' להרב נתיבות משפט דקע"ה שכבר קדמני בזה וראיתי להר' נתיבות משפט שם שעמד ע"ל השמ"ע דסי' ע"א שנסתפק בזה אי מהני פיטור האב אף לאחר שנתרוקן ממנו הנכסים מהא דכתב הרב בעל העיטור ובעה"ת והרא"ש גם הש"ך שם ס"ק ל"ח כתב דבאמת ליתנהו דברי השמ"ע דאדרבה כיון דפטורים משבועה שלא פ"א כ"ה שפטורים משבו' שלא נפרעו הם עלמם מהלוה ומיורשיו והיליה מדברי הרב בעל העיטור ובעה"ת הללו גם הרב עדות ביהוסף ח"ב סימן י"ג כתב דמדברי הרדב"ז למדנו היפך ספיקו בל

של הסמ"ע יע"ש וכבר כתבנו לדבר זה לפתח בגדו' ונודאי דלענין דינ' לכאור' מלו היורשים דהיינו בני הלוה ההפ מוחזקים לומר קי"ל כרש"י ואיכא מ"ד והרא"ש והריב"ש ושוב בא לידי ספר א' מאחד מרבני אסכנו שנ"מ חיבור על רי"ף בעל השערים שעמד בזה והביא כל זה שכתבנו יע"ש והנה הרשב"א מכח האי דינא דס"ל דמשני פיטור האב אף לאחר שנתרוקן ממנו הנכסים כתב בתשו' ח"ג סי' ל"ח ול"ט דאפילו דלא האמינו הלוה למלוה אלא עליו דוקא לא מלו היורשים של לוה להשביע למלוה שמא פרע אבינו לך דלא עדיף מאביהם דכיון דהאמינו ודאי קושט' קאמר וכשמת מלוה נמי ובאים יורשיו לגבות הונם מיורשי הלוה שפיר מלו לגבות ולא אמרי' אין אדם מוריש שבועה לבניו ומאי דתני במתני' דאם לא כתב לה נאמנות עליו ועל יורשיו דיורשיו משביעים היינו דוק' שבועה דפרעון שפרעו הם והביא ראיה מן התוספת' יע"ש וכ"כ הרב בגלאל שם בשם הרמב"ן דהלכה כתוספת'

וראיתי להרב גד"ת דפ"ו ע"א דלת' דנאמנו' שתם שלא פירש כלל על היורשים בזה נר' דלכ"ע אין נפרעין אפי' בשבועה ואין הנאמנו' מועיל כלום דכי המניה דוק' לגבי דידיה אבל לגבי יורשיו לא המניה והרי נתחייב מלוה ליורשי לוה שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו יע"ש ואתה תחזה דזה שכתב הרב דכ"ע מודים בזה זה אינו וכמ"ש

אלא שראיתי להרשב"א עצמו בת' ה"א סימן תתקע"א דעמד ע"ז והספים שחייב המלוה שבועה לבני לוה ואם מת מלוה אמרי' אין אדם מוריש שבועה כו' היפך ממ"ש בח"ג בתשו' הנז"ל אבל אין להקשות עם הותה דה"א סי' אלף וק"ס דהרואה ירא' דל"ק מידי דיש להעמים בדבריו דסי' אלף וק"מ מ"ש בח"ג

ואיך סיביה שפיר מלו יורשי לוה למימר קי"ל כרש"י וסייעתו האמנם עומד לנגדינו מ' הפ"מ ח"ב סי' ק'ד דכתב על מה שחלקו הראשונים ז"ל אי מהניא נאמנות לגבי לקוחות דאם מת מלוה אחר המכירה דנתחייב שבועה אי אמרי' אין אמש"ל כתב הרב ז"ל דכיון דמדין תורה טריף מלוה בלתי שבועה אלא דחכמים ז"ל תיקנו הבא ליפרע כו' ראוי שנפסוק יד בעל התקנה על התחתונה וא"כ יורשי מלוה וטרפי מיד הלוקח ונסתייע מת' מהרשד"ם גם בח"מ סי' ל"ן בהלוקח רשב"ם דמעי' נמי שנתקוט עם אשתו ונתן עיניו לגרשה פסק הרב כן יע"ש נמלא דהרב כ"מ ס"ל דבמחלוקת הפוס' בתקנה דרבנן ל"מ המוחזק לו' קי"ל וכן דעת מהרימ"ט בתשו' יו"ד סי' מ' ול"ל ה"ה לו"

אך אמנם אמינ' ולא מספקי' למלבד דלדברי הפ"מ סתרתי ניהו וכמ"ש במ"א וגם הראיה שהביא מתשו' הרשד"ם אין ראיה כלל וכמו שהוכחתי שם זאת ועוד אחרת דמלאתי להרשד"ם בתשו' אה"ע סי' קי"ע דכתב על ענין נאמנות עלמו היפך הפ"מ להרב מהרשד"ם שם רלה לזכות לבן לאה מטעם דמדברי הטור מוכח דחולק על הריב"ש וס"ל לסטור דאפי' מת מלוה בחיי לוה אפ"ה לא מהניא הנאמנות לגבי יורשים ואמרי' אין אמוש"ל יע"ש ואם

איתי' לפי דברי הרב פ"מ דבמחלוקת הפוס' בתקנת' דרבנן ס"ל למהרשד"ם דל"מ המוחזק לו' קי"ל כיון דמסייע ליה למכנגדו דין תורה הרי התם מדין תורה בן רבקה גובה כתובתה בלתי שבועה וזכיית ן' לאה היא מדרבנן אלא ודאי דלהוליא ס"ל למרשד"ם ז"ל דלא נאמר דין זה וכמו שהוכחתי שם וכמו שהעמיק הרחיב הרב בני אברהם בתשו' אה"ע סימן א' בפסק הפוסקים נמל' דלא מגרע' כחם של בני לוה מטעם שתפיסתם הויא מדרבנן

ומה שכתבנו למעלה דהיכ' דמת מלוה ובאו בניו לגבות הונם מלוה עלמו וטוענים שפרעתי לכם והנאמנות לא הוי אלא לענין שבועת יורשים אי טענתיה טענה נר' דל"מ טעין הכי אלא דבכלל הנאמנות פטרינהו נמי אף משבועה דפרעתי לכם דהא על מתני' דקתני שבועה אין לי כו' קיימי הראשונים ז"ל וכתבו דאף לאחר שנתרוקן הנכסים ממנו פטרינהו אף דבני לוה טוענים פרענו לכם אף לדעת רש"י וסיעתו דסברי דמלו יורשי לוה להשביע לבני מלוה שבועה דפרעון מוכח דהיינו דוק' משום דלאו כל כמיניה לפוטרם הא היכ' דבאים בני מלוה לגבות הונם מלוה עלמו לא מלו להשביעם משום דבכלל הנאמנות נמי נכנס פטור' דפרעון ואף דלדעת הרב בעל העיטור דס"ל דאף דכתיב בשטר בלי שום שבועה קלה וחמורה עדין לא פטרינהו משבועת היורשים וכן לדעת הרב בע"הת דס'ל דאף דכתיב שבועה אין לי ועל יורשיך אין פיטור שבועת היורשים בכלל היינו דוק' משום דאפ' דפקדינהו וכמו שכתבו ז"ל שם וע' מ"ש הראשונים גבי מחלוקת כאן הפר

ובעיקר מחלוקת הגאונים והכמי נרבונא אי מהניא נאמנות לגבי יורשים כתבו רובם ככולם דאם מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה ובאו בני מלוה לגבות דגובים מיורשי לוה דתרי קולי לא עבדי' אמנם ראינו להרב הנמק"י שם בפי' הכותב בתי' וגם בביאורו על הרי"ף דלדעת חכמי נרבונא דלא מהניא נאמנות לגבי יורשים ומינה דאם מת לוה כו' דיינינן דינא דאין אמש"ל וכן דעת הריטב"א הביא דבריו הרב בגלאל שם וז"ל והלכת' כאבא שאול שאין נאמנות מועיל להבא ליפרע מיורשים או מנכסים משועבדים ולפ"ז כשמת לוה בחיי מלוס ואח"ך מת מלוה דפקע שטר' אע"פ שיש בו נאמנות דאין אדם מש"ל כו' אבל הרו"ה וחכמי נרבונ' ז"ל כתבו דלא פקע שטר' דהכי'דרו"ש הומר' היא כו' ואין זה מחוור דכיון דהלכת' היא אמאי לא מחמירינן תרתי חומרי כו' נמל' פסקן של דברים כי לדעת הגאונים נאמנות מועיל על היורשים ושטר שיש בו נאמנות כו'ולדע'הר"ן וחכמי נרבונא אין נאמנות מועיל על היורשי'ואם מת לוה בחיי מלוה ואח"ך מת מלוה אין גובין בשט'בתו' עכ"ל הרי בהדי' דס"ל להריטב"א ז"ל דפקע שטר' ולא מגבינן ביה

איברא דהרואה ירא' להריטב"א בחי' לשבועות גבי הך מימר' דרב ושמואל כת' וז"ל כבר כתבנו בפ' הכותב מדעת הרב אלפס והרמב"ם דנאמנות מהני לגבי יורשים ולדבריה' אעפ"י שמת לוה בחיי מלו' ואח"ך מת מלוה כו' אבל לדעת

לדעת הרז"ה דאין נאמנות מועיל לגבי יורשי' שכבר תיקנו הבא ליפרע כו' ולפי זה כל שמת לוה נחיי מלוה כו' הפסידו ואינם גובים מדרב. ושמואל אבל בשם חכמי נרבונ' כתב דלא דיינינן בהא חרי קולי כו' וטעמ' דמסתבר' הוא וכן נהגו לדון בכל הגליל הזה כהרמב"ם וכן היה דעת מורי הרשב"א אבל מורי הרא"ה ז"ל היה סובר כדברי מר זקנו הרז"ה יע"ש ׃

הנה מוכח מהכ' לכאורה דפשיט ליה הפך ממ"ש בכתובות ונמצ' דסתרן דבריו אהדדי ואוד' טענת הקי"ל מ"מ הרואה יראה דמלבד זה דאיכ' למידחי ולמימר דלא סתרי דבריו לענין דינ' גם הרואה ירי' דדבריו של כתובות הם עיקרים דהתם הוא מקור הדין וגם פסק ההלכה התם

ומעתה מ"ש הרב כנה"ג סי' ע"א הגב"י אות ל"ג ובח' ח"מ ח"א סי' ס"ח שאין להוש לדברי הרב הנמק"י שהדבר ברור שלא דקדק בדברי הריטב"א שהוא הבין כו' ומעתה כו' אין לו קי"ל כהר' בעה"ט וכהרב הנמק"י שהר' הנמק'י אינו מן המנין יע"ש אתה תראה שדבריו ליתי' ואדרבה דברי הרב הנמק"י באו בדקדוק ודין גרמ' ליה להכנה"ג דדבריו של הריטב"א בכתובות לא באו בזמנו לכלל דפוס ואין ס' דאילו היה רואה אותם לא היה כותב כל מ"ש (א"ה כן בקדם חזיתי להרב מעיל שמואל בתשו' סי' ל"ח שדחה דברי הכנה"ג הללו תליסנ' דהריטב"א הללו של כתובות שהבי' רבינו המחבר ז"ל יע"ש) וגם הרב נ"מ ד' פסק דמלי המוחזק לומר קי"ל כהריטב"א והרב הנמק"י והבי' משם הרב וידאל קריספין שכתב הכן דעת הרא"ב וע' שם בת' להרב כנה"ג ה"א סי' ע' שגם הוא ז"ל הבי' דברי הרב וידאל קריספין וע' להרב בעל העיטור סוף מאמר המשי די"ב שכתב ובמעתי מנהג נרבונ' כו' יע"ש

סוף דבר בהא סלקינן ובהא נחתינן דמלי המוחזק לו' קי"ל אף דרובן של גדולי אחרונים לא כתבו כן וע' להרב גבעות עולם ח"מ סי' ח"י וי"ע וק' ודוק הנלע"ד כתבתי פי המדבר הצעיר

אליעזר די טולידו ס"ט

סימן פ

כתב הרמב"ם פ"ג מה' גזילה ואבידה הלכה א' אם שבר את החבית או שחט אותה או מכרה כו' נ"ב בגמ' לא נזכר דין מכרה אלא שברה או שחטה אלא דמפשט הסוג' משמע דה"ה מכרה מדפריך לימ' פליג' דרב אדרבה אלמ' משמע דטביחה או מכרה הוי כי תברה אופתים ודוחק לו' דמטביחה לחוד פריך ועוד דא"כ לוקמ' דכי אמר רב קרן כעין שגנב היינו דוק' במכר ובמכר מודה רבה דמשלם כשעת הגנבה וכ"כ רש"י שם ד"ה תברה יע"ש " והח' הש' הליין המלויין עלי"ור כמה"ר מיכאל אשכנזי נר"ו הראה לנו לשון הרא"ש בריש הגוזל עליה שלכאורה משמע שחולק עם רבינו בדין מכירה שכתב וז"ל וגם נר' אע"ג דקאמר דמי פרה העומדת לילד כו' דמשמע דשמין הפרה כמה היתה שוה רגע אחד קודם ללידתה כו' ודמי' להא דאמר רבא האי מאן דגזל חבית' דאמר' כו' ומיהו אינו משלם אלא כמו שהיו שוין בשעת הגזילה כו' ולא דמי לחבר' או שתיה דהתם אבדה מן העולם דאותה שעה נעשה גזלן אבל היכ' דהגזילה בעולם כו' יע"ש הרי משמע דדוק' היכ' דאבדה מן העולם. הוא דמשלם מה שהיה שוה רגע אחר קודם לאיבודה אבל אם מכרה דאיתיה בעולם אינו משלם אלא כשעת הגזילה דומיא דגזזה דאינו משלם אלא כשעת הגזילה משום דאיתיה בעולםעכ"ד נר"ו

האמנם לע"ד אי אפשר לומר דפליגי שהרי הטור בסי' שס"ב ס"ח כתב כלשון רבינו ובסימן שנ"ד כתב דמשלם כשעת הגניבה כו' ונמצ' לפי זה דדברי הטור סתרן אהדדי וע"כ צריכי' אנו לומר לדעת הטור והרא"ש דמכירה כיון שאין בידו להחזירה דמי' לאיבדה מן העולם ועיין מ"ש הרב מהרימ"ט בתשו' ח"א סימן קכ"ו יע"ש (א"ה זה הוא מתורתו של רבינו הגדול מהרי"א עניו זצ"ל בניתוקיו על הרמב"ם)

סימן פא

נסתפקתי במי שגזל שוה פרוטה מממון השותפים אי עבר על לאו דלא תגזול או לא הנה עיין בתשו' מהרימ"ט ח"מ סימן ק"כ מ"ש בתוך התשו' ובמסכת שבת דף ל"ג ע"ב גבי מאי דאיבעי' להו אי בעינן שיעור אחד לכלהו שיעו' לזה ולזה דפשיט רבינ' מהאי דתניא השותפים שגנבו וטבחו חייבים כו' יע"ש דשיעור א' לכלם ועי' שם בתוס' ד"ה ואמאי כו' שכתבו אבל תגנבו דרישא לא מצי למפרך דהתם לא בעינן שיעור יע"ש משמע דאי הוה בעי שיעור לתשלומי כפל הוה מצי למפר' ולהוכי' דשיעור אחד לכולם נמצא מזה דמתבדר בין מתשו' מהרימ"ט ובין מסוגיא זאת דשבת דממון אחד הוא ומצטרפי וה"ה לנ"ד

אלא דיש לעיין בסוגיא דמציאה דכ"ו ע"ב גבי מאי דאמר רב נחמן ראה סלע שנפל משנים חייב להחזיר משלשה אינו חייב להחזיר אמר רבא האי דאמרת משלשה אינו חייב להחזיר לא אמרן אלא דלית שוה פרוטה לכל אחד ופרש"י והתוס' דאפי' אי שותפי נינהו ולא מתיאשי מ"מ כיון דאין לכל אחד אלא פחות משוה פרוטה אין כאן משום השב' אבדה ולכאורה נראה דסוגי' זאת היא היפך סוגיא דשבת והיפך תשו' מהרימ"ט ונראה לע"ד דיש לחלק דשאני הכי' דאלו מציאות דאין לכל א' אלא פחות מש"פ ופחו' מש"פ לא חשיב ממון ולכך לא מצטרפי אבל תשו' מהרימ"ט והסוגיא דשבת דיש שוה פרוטה לכל חד וחזי לצירו' בהא הוא דאמרינן שיעור אחד לכולם וממון אחד הוא ועדיין צריך להתיישב בדבר דזה כתבתי בעיון קל ועיין בב"ק דצ"ח ועי' בירושלמי שהביאוהו הרא"ש והרי"ף והר"ן ז"ל בפ' שבועת הפקדון ועיין בס' ברכי יוסף ח"מ סי' ו' יע"ש

א"ה

אך גם זה מתורת רבינו אליהו ענין ועתה ראיתי להרב מהר"י נבארו ז"ל מרבני אזמיר יע"א בחי' על הרמב"ם בס' לב מבין הלכות גזילה פ"א הלכה ו' שנסתפק בזה בגזל פרוטה משני שותפים והביא הסוגיא דמגילה הנז"ל ובד' קל"ד ע"א הביא תשו' מהרימ"ט ודברי הרב ברכי יוסף יע"ש שהאריך בזה (והסכים דעתו דעת עליון דלא קא עבר על לאו דגא תגזול וליתיה בתור' השבה ושלחו זה הפסק לעיר עוז לנו ש'יע"א להרבנים ב' ק'רובים זהב מהר"ש גאטיניו ז"ל ומהרב"ג ז"ל הם רבינו והסכימו טובים הב' כה"ר לב מבין ז"ל כמו שיראה הרואה ועיין ג"כ להקמ"ר ז"ל בזה"ב בקונט' בית מושב בהל' דיינים סוף סימן ו' שעלה ונסתפק בס' זה והניח הדבר בספק ע"ש. והביא דבריו הרב הנ"ל ועיין לה' משה ידבר מר בריה דרב קול אליהו ז"ל בד' ע"ט ע"א שנסתפק בהאי ספיקא דהיינו שאם היה שו"פ לגבי הגזלן ולא היה שו"פ לגבי הנגזל או להיפך אי בתר גזלן אזלינן או בתר נגזל כו' והעלה דבתר נגזל אזלינן בין אם שו"פ לגבי דידיה בין אם אינו שו"פ לגבי דידיה יע"ש עוד נסתפק הרב מהרי"ן הנ"ל בהלכות הנ"ל בד' קל"ה ז"ל אי גנב כלי שאינו שו"פ אי אמרינן דחשיבותו של כלי דראוי לעשות מלאכתו חשיב כמו שו"פ או דלמא כיון דסו' סוף אינו שו"פ מאי אהני לן חשי' ואנן שו"פ בעינן וליכא יע"ש ועיין להרב מה"א בריש הל' גזילה בעניין אם גזל פחו' משו"פ ולא ידעו הבעלי' אי הויא מחילה או לא יע"ש)

סימן פב

לענין מי שתפס מחבירו ונגנב מתחת יד התופס נראה פשוט לאור' דהפסידו הוי לתופס דדין שומר יש לו לתופס הגם דלא קבל שום הנאה לשמור וזה נלמ' מדין אומן דהוי ש"ש והיינו הלמודי' טעמ' בההיא הנאה דתפים ליה ולא קא טרח ועיי"ל אזוזי ועי' מ"ש מהרש"ך ח"א סימן קנ"ד וז"ל כנראה שתפסה בנכסים להשבון כתובתה ולפחות קבלה עליה שמירתם של הנכסים כו' יע"ש וראיתי שנשאל ע"ז הרב פמ"א ח"א סי' ע"א והשיב כיון דהי' תפסה מעצמה כו' לא הוי דינ' כדין מלוה על המשכון וראיה מדברי הרמב"ן וכו' ושוב נרגש מדין אומן כו' וחילק עפ"י דברי התוס' יע"ש והנה מה שנשנה ראייתו ע"ד הרמב"ן דכל דתפסיה לא' משכון הנה הרמב"ן עצמו במלחמות פ' שבועת הדיינין גבי מתני' המלוה את חבירו עכ"מ סותר דברי עצמו שדחה ס' הרב בעל המאור מדין אומן ומאותה סוגי' דקמ' דאמרו כגון שתפסו ניזק דנעשה ש"ש ולא מחייב באונסין יע"ש ומאי קאמר התם שאני דתפסיה ואין כאן קנין משכון יע"ש ועוד דא' מן הראשונים בש' לנס' כתב כיון דאין דעתו של אומן למתפסיה לא הוי משכון מיהו היכי דאז"ל תפיסנ' ליה הו"ל משכון גמור ומקודשת יע"ש ועיין להרב מעי"ם סי' ע"ב הגב"י אות יו"ד דרימז לדברי הר' פמ"א וכתב דהרב שבו' יעקב מקהא אקהיתא ע"ד הר' פמ"א יע"ש ועיין להרב שביתת יו"ט בלשונות הטור שדחה דברי הרב פמ"א יע"ש

סימן פג

השאלה לא נמצאה

תשובה הנה על טענת הראשונה שטוענים ז' טובי העיר ורוב הנערכין נגד טענת' של המוסילימים כיון דליליא ומן קלוב בגזרתם של רבני העיר שיש בידם דספרה היתה עד פלגא כו' א"כ מכאן ואילך אין אנו מתרצים עוד להיות חברה ושות' בנינו כו' כנו' בשאלה הנה לפום ריהטא נר' דיכולין ליפרד שותפותם שהיתה להם עד עתה מת' מהר"ם הביא דבריו המרדכי פ"ק דבתרא וז"ל ועל אודות הגם כך הוא שכל מה שאדם מרויח בו בין שלו ובין של אחרים חייב לתת ממנו מס ואף אם עד עכשיו נהגו מאליהן שלא ליקח המס כו' יכולים מקצתם עתה למחות ולו' עד כאן סבלנו מכאן ואילך לא נסבול ע"ש הרי דלימדנו מהר"ם דאף דהמנהג היה היה לפטור את מי שהיה נושא ונותן בממון אחרים עכ"ז יכולין לשנות מנהגם ולחייב מכאן ואילך ליחיד וליחידים הנושאים ונותנין בממון אחרים מהאי טעמא דעד כה סבלנו ותו לא

וכי תימא ע"כ לא שמענו מדברי מהר"ם הללו אלא היכא דשינוי המנהג שרוצים לשנות עתה הוא לעמוד ולקיים על עיקר הדין דס"ל למהר"ם דמדינא מחייב במס הנושא ונותן בממון אחרי' משו"ה הגם דמאז ומקדם היה נוהגים אנשי העיר לפטור את היחידים שהיו נושאים ונותנים בממון אחרים מ"מ שמי בידייהו של רוב אנשי העיר לשנו' מנהגם הקדום

אף אתה אמור לו דגם בנ"ד שכי הוי דשינוי המנהג שבאים ז' טובי העיר ורוב הנערכין לשנות המנהג הקדום הוא לעמוד ולקיים על עיקר הדין דמן הדין חיובי מחייבי אנשי המוסילימים לקיים מצות הצדקה הכתובה בתורה אלא דעד עתה היו אנשי העיר סובלים במה שהיו מקבלין מאנשי המוסילימים הן חסר כו' מטעם דפיזור ונתינ' הצדקה לא היה מרובה כ"כ אמנם עתה בזמן הזה דנתרבה הפיזור ונתינת הצדקה עד כדי דאנשי העיר הוא שלים לנתינת הצדקה מ"מ דנמצא דשינוי המנהג שרוצים לשנות רוב אנשי העיר היינו נמי לעמוד ולקיים על עיקר ויסוד דין תורה א"כ היינו ממש תשו' מהר"ם דהשמיענו דשמי בידייהו של רוב אנשי העיר לשנו' המנהג הקדום

ולכאורה עדיפא מינה איכא למשמ' מתשו' מהר"ם ז"ל הסמוכה לתשו' הנו' והביאה המרדכי שם והיא בתשו' מהר"ם שאריכו' סי' ז"ל ששאלתם על ראשי הקהל שבאו לשנו' ולהטיל מס על הקרקעות דבכל מלכותינו אין נותנים מס מן הקרקע ופעמים רבות רצו אנשי העיר לשנו' מנהגם ולא הניחום דהא דאמרי' רשאין בני העי' להסיע על קצתן היינו דוקא מה שנהגו מימי קדם כו' אבל לשנות כו' אין שומעין להם לעשות תקנה לעצמ' שלא כתורה יע"ש

הנה מוכח מדבריו דאיכא שמיע ליה למהר"ם לפום דינא כסברת רש"י ז"ל ודעימיה דסברי דפירושא דבריית' דרשאים בני העיר כו' הוא אפי' שלא כאותו יחד מעיקרא עכ"ז יכולין אנשי הקהל

הקהל לעמוד ולתקן עתה מחדש מה שהם רוצי' הוה פסיק דינא מהר"ס דיכולין רוב הקהל לשנות את מנהגם הקדום ולהטיל מס על הקרקע אדרבה איפך דינא כמבואר שם ומסיום דברי מהר"ס שכתב אבל לשנות כו' שלא כתורה כו' מוכח דאם שינוי המנהג הקדום הוא לעשות כתורה הגם דהמנהג היה פשוט ומוסכם וכוונא דנ"ד שמי דידייהו של רוב אנשי העיר וש"ה לשנות ולעמוד הדבר על דין תורה ׃

העולה מתוך שכתבנו מהני תרי תשו' מהר"ס דכל היכא שבאים רוב העיר וז' טובי העיר לשנות מנהגם הקדום אם השינוי הוא להעמיד ולקיים דין תורה לא מהנינן כמיעוט אנשי העיר המוחים וכן ראיתי בתשו' מהרשד"ם ח"מ סימן ח"ו שהביא תשו' הלזו של מהר"ס דלהטיל מס על הקרקע והביאה מהרי"קו שורש א' וכתב וז"ל דקדקתי במ"ש אין שומעים להם כו' שלא כתורה הנר' דדוקא שלא כתורה אין לעשות אבל תקנה שאינה שלא כתורה יכולים לעשות יע"ש הרי מפורש מדברי הרשד"ם הללו דפשיט ליה דכל היכא דמגמתם של רוב אנשי העיר הבאים לשנות המנהג הקדום הוא לקיים ולעמוד על דין תורה שמי בידייהו ואף מהר"ס יודה בזה

אמנם נר' דלפ"ז יש לדקדק מתשו' מהר"ס בקלרוא סי' יו"ד הובאה בתשו' דשייכי לס' קנין סי' כ"ט וז"ל על אודות ראובן הפור' מן הצבור שלא לתת מס ולכים של צדקה עם הצבור ואם נהגו בעיר מימי קדם שלא לתת יחד אינם יכו' לכופו לשנו' מנהגםכו' ואם בעיר חדשה שלא נהגו כו' יכוליםלכו' זה את זה להשתת' ביחד כדתניא כו' יע"ש הרי דהגם דפשיט ליה למהר"ס דדינא הוא דכופין להשתת' ביחד וכיש א' יהיה לכולם עכ"ז אם המנהג הוא פשוט ומוסכם לתת כל אחד לבדו בלתי שיתו' אין כח ברוב אנשי העיר לשנות המנהג הגם דשינוי המנהג הוא כדי שלא יהיה היפך הדין

והנראה לע"ד לומר הוא דלעולם דהאמת דס"ל למהר"ס דכל היכא דהשינוי הוא להעמדת קיום הדין אז ודאי דיש כח לסתור המנהג הקדום והכא שאני דס"ל למהר"ס דכל דלא קדם בעיר שום מנהג אז ודאי דיינינן שישתתפו אנשי העיר ביחד וכיס א' יהיה לכולם ובלעדם לא ירים איש את ידו אבל היכא דקדמה מנהג המקום שלא להשתתף ביחד דינא הוא שלא להשתתף ביחד וא"כ היכא דבאים הצבור לשנות המנהג יש כח ביחידים למחות מאחר דאין שום ריוח ליחיד הפורש מן הצבור בהפרדה זו דלעולם הוא נותן הן למס המלך והן לצדק' כפי שיעור הממונים לו אמנםבהיא דמהר"ס דנהגו שלא לתת מס במה שנושא ונותן בממון אחרים דהמנהג הלז הוא היפך הדין דמכביד על אחרים דפורעים בעבור היחיד הלז לזה כתב מהר"ס דאלים כחייהו של הצבו' לשנות את המנהג ולהעמידו על דין תורה ונראה דהכי מתברר מתשו' הכנ"הג ח"מ ח"ב סי' ס"ו דנשאל במקום דיש מנהג קדום שאינם פורעים מס כ"א ממון דמרויחים בו ולא מחפצי זהב וכסף ועתה רוצים רוב אנשי העיר לבטל המנהג הזה

והשיב וז"ל ושמא תאמר כו' אם יסכימו רובם כו' תקנתם קיימ' וז"ל המרדכי בשם מהר"ס עד כה סבלנו כו' לא שייא דלכבר כתב מהרש"ך והרא"ל"ב ונסנתשו' דשייכי על אודות כו' ונראה כו' שכל הרבנים אינם חולקים על מ"ש המרדכי כו' דלא כתב המרדכי כן אלא לפי דעתו דמן הדין חייב לפרוע בתם אבל הרבנים מדברים בדבר דיש בו מחלוקת ונהגו כדברי הפוטר אין בידם לשנות מנהגם עכ"ל

הרי נהדיא דהרב כנ"הג אייתי בידיה הני בי תרי תשו' מהר"ס הללו ותריץ יתיב כאשר כתבנו דהיכא דהשינוי הוא להעמיד ולקיימא הדין יכולים לו' עד כה סבלנו כו' ובודאי דס"ל להכנ"הג דאותה תשו' של מהר"ס דהפורש מן הצבור לא שייכא עם תשו' הלזו דעד כה סבלנו כו' וכאמור באופן דתורה יוצאה מדברי מהר"ס דהיכא דהשינוי המנהג הקדום הוא לעמוד ולקיים על ד"ת שמי בידייהו של רוב אנשי העיר לשנות המנהג הקדום בטענה הלזו דהשמיענו מהר"ס דעד כה סבלנו כו'

והגם דהכנ"הג סי' קמ"ג הג"הט אות ד"ן אחר שכתב האי חילוקא דהיכא דהשתנו' המנהג הוא להעמיד ולקיים דת של תורה דשמי בידייהו סיים וכתב והנכון כו' דמשמ' דלא ניחא ליה החילוק הראשון הא לא מכרעא דיגיל עליו לדבריו בתשו' הנו' וכ"כ הרב בני אברהם ח"מ סי' ס' דמ"א ע"ד דלפי חילוק זה של הרב כנ"הג מפור' יוצא דהכל תלוי אם שינוי המנהג הוא לקיו' הדין יע"ש וראיתי להרב ידס"מ ח"מ סי' מ"א דפלי' על הרב בני אברהם בכונת הכנ"הג דמלכתב והנכון כו' ירא' בהדיא כו' דחזר והודה לחילוק מהרא"נ"ח יע"ש וכבר כתבנו דמתשובת הרב כנ"הג הנז"ל לא משמע הכי

אלא שראיתי להכנ"הג שם בתשו' סימן ע"ב דמוכח מדבריו דאף דהשתנות המנהג הוא לקיו' הדין עכ"ז אין כח ביד רוב אנשי העיר לבטל המנהג הקדום דהא נדון דידי' הוא דהטענ' שהיו טוענ' בני הקהל היו עולות לפום דינא ועכ"ז דן דינא הרב ז"ל דכיון דהמנהג היה מימי קדם להתנהג כך אין יכולין לשנות המנהג שלא מדעת כולם דגדול כח המנהג ורימז שם תשובתו דסי' ס"ו יע"ש אשר מזה מוכח דחילוק הנ' הוא סותר הקודם לדינא דלא קי"ל אלא כחילוק הנ' ודלא כמו שהבין הרב בני אברהם ומהתימה על הרב מהר"י חזן ז"ל בס' הק"ל ה"מ ה"א סי' קט"ו דק"ע דכתב וז"ל גם כו' שהעלה דאם המנהג הוא שלא כדין יכולין הרוב לשנותו וכ"כ בסי' ס"ו יע"ש דאחר דידו אוחזת בהאי ספרא דבי רב של הרב כנ"הג איך לא שליט עינא דספיר חזי דלדינא אין דעת הכנ"הג הכי נמלא דהרב כנ"הג הבין בפשיטות בתשו' מהרא"נ"ח דסי' ט"ל דס"ל להרא"נ"ח דכל שהוא מנהג פשוט ומוסכם אין יכולין לשנות רוב אנשי העיר' הגם דהשתנות המנהג הוא לקיים דת של תורה

וראיתי להרב דברי אמת ז"ל בת' סי' י"א דמ"ג ע"ד דכתב וז"ל ועדין אני אומר

אומר דאין מדברי מהרא"ח ראיה דכלפי מ"ש מהר"ם דיכולין למחות קצתן כו' אבל במנהג קבוע אם היה היפך דברי תורה הרוב יכולין לכוף את המיעוט יע"ש ׳ ולדידי מה שהבין הרב כנה"ג בתשו' מהרא"ח דס"ל דאין כח ברוב לשנות המנהג אף דהשינוי הוא לקיום הדין הוא האמת דאם איתא דמהרא"ח סובר דמהר"ם איירי ביחידים אבל הרוב שמי בידייהו כל שהוא לעמוד על קיום ד"ת אם כן מאי קשיא ליה למהרא"ח מתשו' מהר"ם על ענין הפ'אטורים כו' דהנ'ושנא ורב המרחק דמהר"ם איירי דהשתנות הוא להעמיד ולקיים דת של תורה לא כן בהשתנות מנהג הפ'אטורים דהוא לסתור ד"ת אלא ודאי דפשיטא ליה להרא"ח דאין כח ביד הרוב לשנו' מנהג קדום ופשוט ומוסכם הגם דההשתנות הוא לקיום הדין וראיתי להרב מהר"י חזן שם דקפ"ח ע"ג דגם הרב לידד בדברי הרא"ח כמ"ש הרב דברי אמת הלא דנרגש מנלון סהכנ"ה יעי"ש ובדק"ע ע"ב

סימן פח

עמדתי על תשו' הרב פ"מ ח"ב סי' ל"ה דהשיב על מנהג שנהגו בעיר אחת על פורע מס שעוקר דירתו להלוך לא"י דפוטרין אותו ממסים כו' ועתה רצו בני המדינה לשנות מנהג הקדו' ולבטל את המנהג והרב ז"ל אחר שהכריח דלפי שורת הדין מחוייב האיש ההולך לא"י ליש'עול משו"ש יען דהממון הניח בממון דילא מסם מ"מ מאחר דהוקבע המנהג כו' ולא עוד אלא אף במונח דמנהג והמאליו הוקבע לאט לאט עד שנקבע בקבע מזה שניה קדמו' כו' מנהג זה מועי' אפילו נעשה ע"פ והיקינוהו עכ"ל ולכאורה יש לעמוד עליו מתשו' מהר"ם ז"ל הביאה המרדכי פ"ק דבתר' ס"י וז"ל ועל אודות המס כך הוא דכל דמרויח האדם בין כו' של אחרים חייב ליתן מס ואף אם עד עכשיו נהגו מאליהן דלא ליקח מס ממה שיש ביד האדם משל אחרים יכולין עתה מקצתן למחות ולו' עד כה סבלנו מכאן ואילך לא נסבול יע"ש ׳ הרי דפשיטא ליה למהר"ם דהגם דהכא הוקבע המנהג בין בני המדינה מאחר דלא הקביעו' לאט לאט מאליהן שמי בידייהו לבטל המנהג בטענה עד כה סבלנו כו' סוף דבר רוב העיר הבאים בטענה הלזו דעד כה סבלנו אלא אפי' מקצתן וא"כ בנדון הפ"מ דרובא דרוב' מאנשי העיר פורעי המס באו לבטל המנהג אשר הוקבע מאליו לאט לאט ולומר עד כה סבלנו לפרוע בעדו ובשבילו של ההולך לא"י לקבוע דירתו ומניח נכסיו במקום דילא מסם האומנם מכאן ואילך לא נסבול לפרוע בעדו אלא הוא עצמו ישא עול מסו"ש כאשר רביע עליה שורת הדין דבתר ממונא אזלינן ולא בתר גופו וכמ"ש ז"ל וא"כ מאחר דהדין נותן שהוא חייב וביטול המנהג הוא לחזור אדינא דקודם המנהג שמי בידייהו יען דהמנהג הוקבע מאליהן לאט לאט

וכבר מהרשד"ם בתשו' סי' שא"ד על עדת המוסלימים דפטר אותם מטעמים כמה שנים דנהגו אבותיהם כו' וא"כ כל דבר הידוע דנהגו הקדמונים אין יכולין לשנותו ונרגש מתשו' מהר"ם הלזו דבעיל המנהג הקדום משום טעמא דעד כה סבלנו וכו' ותירץ הר' ז"ל דלא אמרה מור"ם אלא משום דעד עתה מה שנהגו היה מאליהן ומרצונם אבל פיטור הרופא ויונאי ירוכו לא היה מאליהם אלא מטעם גזרת המלכים יע"ש ׳ הנך רואה לדקדק הרשד"ם ליישנא דמהר"ם דנקיט דנהגו מאליהן למוכח דס"ל למהרשד"ם דהגם דהמנהג הו' קדום דור אחר דור מ"מ אם הקביעות הוא בא מרצונם ומאליהם שמי בידייהו לבטולי הך מנהגא ומטעמא דעד כה סבלנו דהא פיטור הרופא ויונאי ירוכו המנהג הוקבע להם משנים קדמוניות דנהגו אבותיהם ואבות אבותיהם לפטו' ואפ"ה דיק' משו' דהוקבע לפסמטיעס גזר' המלכי'

תו הוינא לבר' פ"מ שם דקפ"א ע"א ד"ה עוד כו' שכתב וז"ל ורוצים לבטל ולסתור המנהג הקדום שלא בהסכמת ראובן וכו' על הטעם הלז מילי' השיב כי הנה הר' בעל שלטי שגבורים ז"ל הביא תשו' מהר"ם על ראובן הפורש מן הצבור שלא ליתן מס עמהם דאם נהגו בעיר מימי קדם שלא ליתומם ביחיד כו' אינם יכולין לכופו כו' ומתשו' הלזו הוכיח בעל שלטי הג' דמעולם אין הצבור יכולין לסתור מנהגם נגד היחיד המוחזק אפי' במקום דליכא פסידא ליחיד כו' יע"ש ותשו' הלזו של מהר"ם הנה באה ונויתה בתשו' דשייכי לס'קנין סי' ל"ט ורימזום הר' משה מלך די"ט ע"ב ובלמ"ב ע"א יע"ש ולמודעי אני צריך למה דמות יערוך תשו' מהר"ם הלזו לנ"ל דהתם בנדון מהר"ם לא היו הצבור פורעים שום פרוטה בעד היחיד המוחזק כלל אלא כל יחיד ויחיד היה פורע בפרטו' כל עולי המסים ושאר ההוצאו' המצטרכו' לצבור בכל יומא ויומא כל מה דשייך בחיובו לכל יחיד ויחיד אלא דעתם רוצים לסתור המנהג הקדום ולהיות חברה ושותפו' ביחד באומרם כיס אחד יהיה לכולנו ברם בנדון הר' פ"מ דכתב דלפי שורת הדין היחיד ההולך לא"י חייב במס לשיעור הנכסים שהניח במקום דילא מסם והצבור נהגו לפרוע בעדו דשייך הטעם דעד כה סבלנו שמי בידייהו לסתור מנהגם הקדום אם הקביעות בא מאליהם ׳ דאי לא תימא הכי תקשי לן דברי מהר"ם אהדדי דאמאי שגר לנו את הדלת בתשו' הלזו דאינם יכולין לסתור מנהגם הקדום אלא ודאי משום דלא שייך הטעם דעד כה סבלנו או דמהר"ם קאי דהמנהג לא בא הקביעות מאליהם ומרצונם אלא דנעשה בקבוץ ובמעמד אנשי העיר ומנהיגיה ואפשר לתרץ דהר' פ"מ כאי ראיה דמייתי מתשו' מהר"ם סובב הולך למ"ש כ בדק"פ ע"ב דכפי הנראה מלשון השאלה כי מנהג זה מנהג ותיקין הוא כי לשנים קדמוניות בקיבוץ חכמי העיר נעשה ולקושיא קמייתא דהקשינו מתשו' מהר"ם דעד כה סבלנו אפשר דפשי' ליה להפ"מ כשימרן וקנו מהרא"ח דכתב בח"א סי' ע"ל דלא כתב מהר"ם אלא במנהג בעלמא שעשו מאליהם בלתי קביעו' אבל במנהג פשוט וקבוע המנהג עיקר עכ"ל באופן דכפי דברי מהרא"ח הללו מחייש'בי' שפיר דברי הר' פ"מ נכלו ז"ל דהא הר' פ"מ איירי בקביעו' המנהג הגם דמקדם קדמה לא הונהג אלא מאליהם מ"מ בהמשך ובאריכות הזמן נקבע ביניהם כמסמרות נטועים כמ"ש בהדיא וז"ל ולא עוד אלא אף במונח וכו' עד שנקבע בקבע מזה שנים קדמוניות יע"ש

אלא דמתשו' מהרשד"ם הנז"ל משמע דלא ס"ל הכי דהא מהרשד"ם עשה מנהג קבוע וחוק כמסמרות נטועים קאי כמנהג הרופא ולא מצא מקום פטור לתשו' מהר"ם אם לא דנעשה מטעם גזרת המלכים וכמ"ש למעלה

ועכשיו

סימן פ"ה

לענין חזקה אין אדם פורע תוך זמנו רובן של הראשונים ז"ל ס"ל דדוקא קובע אמרו אבל אם לא קבע זמן אף דקי"ל סתם הלואה ל' יום אפ"ה נאמן לטעון פרעתי האמנם הרמ"ה ז"ל פליג על זה וס"ל דלא שנא וכמו שמתברר כן מדבריו שהביא הטור סי' ע"ח וכ"כ הרב כנה"ג שם. אמנם ראיתי להרב פרישה שם סי' ס"ה שכת' לימוד הרמ"ה הוא משום דאיכא תרתי חזקה אין אדם פורע ביומי' וסתם הלואה ל' יום ולעולם דיודה הרמ"ה להביא דסי' ע"ח יעו"ש

ואני אומר דאין האמת כן והילך לשון הרמ"ה בחי' לבתרא פ' גט פשוט דקס"ה על ההיא דגריית' מלוה שאמר אבד שטרי כו' כתב וז"ל בשלמ' כו' הא קמ"ל דאפי' נקובע זמן לחברו כו' סד"א חזקה אין אדם פורע תוך זמנו קמ"ל דחיישי' לפרעון ואפי' לר"ל כו' ותדע דגרסי' בפ' ב' אוחזין א"ר יוחנן המוצי' שט"ח בשוק וכתוב הנפק וכתוב בו זמנו בו ביום יחזירנו לבעלים דלפריעת בת יומא לא חיישינן טעמ' דבת יומ' הא למחר וליומ' אחרא חיישינן ואמאי הא מסתמ' כל בגו תלתין יומין זמניה הוא כדאית' בהדי' במכות וכ"ש לרב כהנא דמוקים לה לדר' יוחנן בשחייב מודה אבל כשאין חייב מודה אפי' כתוב זמנו בו ביום נמי לא יחזיר דחיישי' לפרעון וכן הלכת' עכ"ל הרי בהדי' דעיקר לימוד הרמ"ה הוא מדליומ' אחר' חיישי' אף דהוא בגו זימניה משום דסתם הלואה ל' יום מינה דנפיל' לא אזלינן בתר חזקה דר"ל ונמצ' דהרמ"ה פליג על הראשונים ויפה כיון הכנה"ג דהרמ"ה פליג ודין גרמה ליה להרב פרישה שלא נראה בעול' חידושי הרמ"ה ז"ל בימיו

סימן פ"ו

אני הצעיר ראיתי לעמוד על מ"ש הרא"ש פ"ק דבתר' גבי מימרא דר"ל חזקה אין אדם פורע תוך זמנו דכתב דאף דאינו נאמן הלוה ומשלם מ"מ צריך המלוה לישבע היסת כיון שטוען הלוה טע"ב אבל ביתמי לא משבעינן ליה מש' יעו"ש והנה המעיין בדברי הרא"ש הללו בתחי' השקפה יראה בעין שכלו דעיקר טעמו של הרא"ש דביתמי לא משבעינן לתובע היסת היינו משו' דהיסת אינה בא' אלא עטע"ב דאין נשבעין בטע"ש והא דקי"ל דכל דמצי אבוהון למטען טענינן להו היינו דוק' בשאר מילי או בשבועות המשנה אבל לא בשבועת היסת וזהו נר' לכאורה וא"כ קשה דהא הרא"ש כתב בפ' חזקת על מימר' דרבה בר שרשום וז"ל וי"ל דלא מצרכינן שבועת היסת אלא היכ' דטעין טע"ב והכא ליכ' למטען טע"ב אי נמי כו' ותירוץ זה נח לי מן הא' דכל דמצי אבוהון להביע טענינן ליתמי ומשבעינן אפי' בכמה יעו"ש הרי בהדי' דסמך ב' ידיו דכלל זה דכל דמצי אבוהון למטען כו' נאמר אפי' לענין שבועת היסת וברא כרע' דאבוה והו"ל כאלו האב קיים לפנינו וטוען טע"ב

ויש לחלק בפשיטות דהיא דר"ל דכתב הרא"ש דלא משבעינן בשת' היינו משום דמסייע לן בחזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו דהיא חזקה אלימת' ואין להוכיח דכן הוא האמת מדאמרינן בסוגיין ואע"ג דקי"ל הבא ליפרע מנכסי יתומים הכי שאני כו' הרי בהדי' דאע"ג דבעלמ' הבא ליפרע משבעינן מש' אפ"ה מהניא חזקתה הלזו דר"ל להוצי' אפי' בלתי שבועה דזה אינו הוכחה כלל דאה"ן דמשבעינן היסת למלוה דבא להוצי' מיתמי' דטענינן להו כאלו אבוהון קיים והסוג' איפשר לפרשה בענין אחר והיינו משום דאבוהון נמי לא היה יכול לטעון אשתבע לי דלא פרעתיך משו"ה נמי ליתמי לא טענינן אבל אה"ן במידי דאבוהון יש לאל ידו להשביע וכגון היסת טענינן ליתמי ויעויין בדברי התוס' ובחידושי הרמב"ן והמרדכי שם ובבעל העיטור דס"ע ולהרב בעה"ת שער ו' ח"ב סי' ה' יעו"ש ומילי דברי בהקפדה זכור אזכרנו מ"ש הגד"ת דל"ד סו ע"ב וז"ל וראיתי במרדכי לשון מוטעה דאם אמר אשתבע לי דלא פרעתיך בזמני או צריך שבועת היסת ונר' דמילת היסת משובשת אלא שגם בהגהו' אשירי כתוב כן והוא תימ' דדינ' דר"פ ודאי בזמנו הוא עכ"ל וכונת דבריו נראים דלשתבע שבועת המשנה ואם זה הוא כונתו נעלם ממנו פלוגת' שהבי' הרי"ף שם על מימר' דר"פ הלזו דיש מן הגאונים דס"ל דשבועה דר"פ הויא שבועת היסת יעו"ש וא"כ איכ' למימר דהמרדכי יסבור כן וכבר קדמני בזה הרב כנה"ג סי' פ"ב שכ"כ המרדכי יסבור כאותם הגאונים שהבי' הרי"ף ז"ל ולא זכר לדברי הרב גד"ת ז"ל הללו

ואיך שיהיה למאי דאתאן עלה לחלק בין שני תרתי לישני של הרא"ש הוא דלעולם אימ' לך דס"ל להרא"ש דאף לענין שבועת היסת טענינן ליתמי שמ' וחזקה דר"ל שאני ועוד עלה בדעתי לומר דלדברי הרא"ש הללו דפ"ק הם בנויים לפי תי' הראשון דהתם ולא דחה הרא"ש בשתי ידים התירוץ הראשון אלא אדרבה כתב ותי' זה נח לי מן הראשון וכלומר דלפי תירוץ זה האחרון א"ש כלל זה דכל דמצי אבוהון למטען טענינן ליתמי אלא שראיתי להטור שהביא שניהם לפסק הל' א"כ מחוורת' כדשנין מעיקרא

והנה בהך פלוגת' דהתוס' והרא"ש דפ' חזקת דלדעת התוס' הא' כללא דכל דמצי אבוהון כו' לא נאמר לענין היס' משו' דאין נשבעין ע"ט שמא ולדעת הרא"ש אף לענין שבו' היס' נאמר משום דטענינן להו עלה ע"ד לומר דבמחלו' זה עצמו קא מפלגי הרמב"ם והגאונים ז"ל דהנה הרמב"ם פ"ח דטוען הבי' סברת הגאונים דבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר דאף דמפקינן מיתמי מ"מ צריך התובע לישבע היסת הרי לך דהגאונים קיימי בשי' הרא"ש והרמב"ם שם בפ"ט דכתב דאין התובע צריך לישבע היסת משום דאין נשבעין ע"ט שמא וכמו שפי' דבריו ה"ה שם ובעה"ת שער י"ד ח"ו קאי בשי' התוס'

אבל אחר ההתבוננות נר' דאיכ' למדחי ולמי' דלא פליגי הגאונים ז"ל עם התוס' ושיטתייהו

ושיעתייהו דע"כ לא אמרו הגאונים ז"ל אלא דוקא התם גבי דברים הראויים להשאיל משום דהיתומים מוחזקים בהפץ ואידך הוא המוציא ואף דיש כח בידו להוציאו מידם מ"מ לענין להשביעו היסת לתובע משבעינן ליה דטענינן להו דאלו היה אבוהון קיים כו' אבל הכא דאידך הוא מוחזק והיתומי' באים להוציא' איכא למימר דלא ס"ל להגאונים דטענינן להו אמנם הרמב"ם כבר גילה דעתו בפי"ל ה"ט גבי לקוחה היא בידי דאין נשבעין ע"ט שמא וכדעת התוס' ואחר החיפוש מצאתי להסמ"ע סי' קמ"ע ס"ק ל"ח דחילק כן לדעת מור"ם יע"ש אלא דכפי זה כתבנו דברי מרן בש"ע סתרי אהדדי דבסי' ק"ן סעי' ו' פסק כדעת הרא"ש דמשבעינן דיש אומרים ויש אומרים ה' כי"א בתר' וכנודע דכך אורחי' דמרן ואילו בסי' קל"ג בדברים הראוים להשאיל פסק כדעת הרמב"ם דלא משבעי' ליה מש' סו"ר להש"ך שם שעמד בזה יע"ש

ואגב גרר' ראה ראיתי להרב דברי אמת ז"ל בזכרונותיו כה"י באות שבועה וז"ל לא אמרו אין נשבעין ע"ט שמא אלא ליפטר אבל כל שבא ליטול ישבע ויטול כך מתברר מתשו' הרשב"א ח"ב סי' רל"ט וע"ש סי' ע"ו וע"י' ש"ך גבי גזל' בדיל דישבע היסת ובסמ"ע סי' רל"ב ס"ק מ"ג ובפסקי מהר"ם ריקאנטי סי' תקמ"ב ותקמ"ג ותמה על הרי"ף שכתב שישבע איך לא הרגיש במוס על עתה דהא אין נשבעין ע"ט שמא ובתשו' מהר"ם דשייכי לס' קנין סי' ז' כתב דהיינו טעמ' כו' וע' במרדכי פ' האומנים גבי אפוטרופוס הניהו מרן סי' ר"ץ ועיין במרן ב"י סי' קפ"ה עכ"ל

והנה דברי הרב הללו צריכין יישוב דהנה ת' הרשב"א הלזו דח"ב סי' רל"ט היה אפשר לפרשה דטעמיה דהרשב"א דחייב שבועה לקטן היינו משום ברי בחיוב' וס' נחזרה נגעו בה דהא האפוטרו' מודה ובא דמסר ליד הקטן ונתחייב מאותה שעה דהא פשע אלא דעכשיו מסתפק שמא לא הוציאם התינוק אלא לצורכו הו"ל ס"ב ואף דרובן של הראשונים ז"ל פסקו דהלכת' כרב פפא דשומרי' לא מחייבי באונסים אלא בשעת שבורה ומתה וא"כ ה"נ לו יהא דזה פושע . מ"מ עדיין יש להסתפק דמי יימר דפשיעה הלזו יצאת לידי פעולה וה"ל ס' בחיובא מ"מ כבר כתבו התוס' והרא"ש בפ' אלו נערות דאף לדעת ר"פ מחייב בפשיעה משעת השיכה ומאותה שעה נשתעבדו נכסיו וכן דעת הרמב"ן ז"ל והרא"ה הביא דבריהם הר' בצלאל שם ואף הרשב"א חלק על הרמב"ן כמ"ש הר' בצלאל שם לא חלק על הדין וכמו שיראה המעיין וא"כ אפשר דטעמו של הרשב"א דמחייב שבועה הוא מטעם הלזו וכן מצאתי מפי חד מרבנן מהחשובים דהיה מפרש לה להרשב"א כן והשג ישיג על הר' ד"א ז"ל ונראה דמטו בה מסברת הרי"ף בשעריו שער י"ב שכתב כן בהדיא כמ"ש הר' ש"ך סי' ע"ה

אך כהיום נראה דזה אינו דכבר נשאל הרשב"א עצמו בח"ב סי' קי"א ע"ו אי ברי בחיובא וש"ב אי מחוייב שבועה שכנגדו והשיב אינו מחוייב ויליף לה מקי"ו יע"ש וכן יש להוכיח ממ"ש בחי' לקי' בסוגיא דהן הן עדיו הן הן שלוחיו דהקשה ומלוה למה הוא נשבע והלא זה אומר לו הלויתני ואיני יודע אם החזרתי לך וכו' ותירץ דהתם שאני משום דמצרפין טענותיהם עכ"ל וכן נראה עוד להוכיח ממ"ש שם בתשו' ח"ב סי' ש"ח דהוכיח דבשמא שהוא קרוב לודאי משבעינן מסוגיא הלזו דקדושין ואם איתא דס"ל להרשב"א דבברי בחיובא וש"ב מחוייב התובע לישבע א"כ מאי מוכיח הרשב"א מינה אלא ודאי דפליג על הרי"ף בשעריו

אבל מה שיש לדקדק בתשו' הרשב"א הלזו דסי' ש"ה הוא דמנ"ל להוכיח לבעלמא דשמא קרוב לודאי משבעינן דילמא בעלמא אף בשמא קרוב לודאי לא משבעינן כל שאינו ברי גמור ויעויין להרמב"ם פ"א מטוען ונטען ולהר' בעה"ת שער ל"ו ח"ג וע' להר' כנה"ג ח"ב סי' ע"ה הגב"י אות יו"ד רימז לנו תשו' הרשב"א הלזו בלבד כאילו היא הלכה פסוקה ואין שום מחלוקת שלא כדרכו וע' ש"ך שם ס"ק נ"ה והתם שאני כיון דזה בא ליטול בשמא כה"ג משבעינן והיה לו להרשב"א להכריח דינו ממחלוקת עדים דנשבעי' ללוה דהא יש להקשות עדים למה נשבעים הא אין נשבעים ע"ט שמא אלא ודאי דשמא קרוב משבעינן ואם ירצה הדוחה לדחות דהוכחתיה של הרשב"א הוא מעדים ומאי דנקט מלוה בלישניה לאו דוקא

ואפי' דכן הוא האמת דכוונתו של הרשב"א הוא להוכיח מעדים ומאי דנקט מלוה לאו דוקא דהא כתב הרשב"א בתשו' הלזו וז"ל ומתוך כך חשבינן ליה בטוען טע"ב להשביעו היסת עכ"ל והא הרשב"א כתב שם בחי' ש' הרי"ף דס"ל דהמלוה נשבע שבועת המשנה ועדים שבועת היסת וסברת הר' בעל המאור ז"ל דס"ל דעדים נמי משתבעי שבועת המשנה כתב דלא נראו לו דבריו ולא הזכיר ש' רבי' אפרים ז"ל והרי"ן' מיגאש דהמלוה נמי נשבע שבועת היסת וכמו שהזכיר שם בסוגיא הר"ן ש' הרמב"ם לפי גרסתו אלא ודאי דדעתיה של הרשב"א הוא כדעת הרי"ף דהמלוה משתבע שבועת המשנה והשתא דאתינן להכי אודא לן מה שהוכחנו מעיקר' וזהו נראה לפרש דבריו של הרשב"א הללו אבל בהאי דכתב הרשב"א סי' ק"ס דאף היסת לא משבעינן בברי בחיובא וש"ב משום דאין נשבעים ע"ט שמא מדברי הר' המאירי בפ' הגוזל בתרא גבי מתני' הלויתני כו' משמע דלאו משום טעם נגעו בה אלא משום ברי בחיובא אתי עלה

וראיתי להר' ש"ך סי' ע"ה ס"ק כ"ד שכתב וז"ל כיון דהנתבע טוען שמא דאין נשבעים ע"ט שמא אפי' היסת וכו' ומשמע מדבריו דלא מבעיא שבועת המשנה שאינו נשבע משום דאין נשבעים ע"ט שמא אלא אפי' היסת וכו' וזה אינו דהא כתב בפשיטות סי' ע"ב ס"ק ס"ה דכל שבא ליטול אפי' ע"ט שמא משבעינן שבועת המשנה וכן כתב בסי' פ"ו סעיף י"א אלא ודאי דכוונת דבריו הוא הכא גבי ברי בחיובא דלא מבעיא שבועת המשנה משום דהו"ל מודה מקצת אלא אפי' היסת לא משבעינן משום דאין נשבעים ע"ט שמא וכטעמו של הרשב"א ז"ל

בכלל

ועכשיו נבא למאי דאתאן עלה דהנה אין לומר לכאורה דזהו מחלוקת הרמב"ם והראב"ד שזכרנו למעלה דלדעת הרמב"ם נוטל התובע מן היתומים בלתי שבועה ודעת הראב"ד אינו כן אלא ס"ל דצריך התובע לישבע שבועת המשנה משום דכל נוטל צריך שבועה וכמ"ש הראב"ד בהדיא דזה אינו דהרי כתב ה"ה שם פי"ד מטוען טעמו של הרמב"ם בהא דהנה גר מרמוס דגובה בלתי שבועה דוקא התם משום דהוי משמע דאין שבועת המורה עליו משא"כ גבי מלוה עפ"ת ואף היסת ליכא משום דאין נשבעים בטע"ש עכ"ל ואם איתא דס"ל להרמב"ם דהא גבא ליטול על"ז אין נשבעים ע"ט שמא א"כ בפשיטות הו"ל לה"ה לחלק האי טעמא גופיה דיהיב לשבועת היסת וכיוצא דלא דמי למלוה עפ"ת דהתם גברי קא טעין לא כן הכא לגבי יורשים דטענתייהו בשמא דהא לית ליה להרמב"ם כסברת הרא"ש המוזכר למעלה דהא כבר גילה דעתו הרמב"ם דאם טוען לקוחה היא בידי נאמן בלתי שבועה וגם ה"ה כבר נתן טעם זה גופיה לשבועת היסת אלא ודאי דזה פשוט דכל נוטל צריך שבועה אפי' בטוען שמא אם לא שהוא קרקע אלא דהכא מיהא שבועת היסת בעיא דהא נשבעין היסת על הקרקעות לדעת הרמב"ם ולזה תירץ ה"ה דאין נשבעים היסת ע"ט שמא אפי' בנוטל והביא דפ"ט דאינו נשבע ליורשים שבועת המשנה אף דבא ליטול ומ"ש ממלוה על המשכון דנשבע אף על טע"ש וכמו שהכרחנו למעלה הביא דהתם שאני כיון דהמלוה מודה דכן עוד היום ע"כ צריך להחזיר החפץ ללוה דאף דאית ליה מיגו והיה נאמן מד"ת ה"מ שבא לדון על גוף החפץ ולומר לקוח הוא בידי או כיוצא אבל כיון דאינם חלוקים על גוף החפץ אלא בממונא כמה היתה סך ההלוא' א"כ זה המלוה בא להוציא ממון גמור מיד הלוה ה"ל נוטל ממש כיון דלא היה לו שום שייכות ושום זכיה בממון הלוה ומש"ה נשבע שבועת המשנה משא"כ הכא שהם חלוקים בגוף החפץ דהלא טוען לוקח הוא בידי כיון דהחפץ הוי מדברים הראוים להשאיל ולהשכיר דמדין תורה הוי של תובע ואינו נאמן הנתבע לומר לקוח הוא בידי משום דהו"ל כפקדון ביד הנתבע לא ניחא להו לרבנן למקרייה נוטל ונוטל בלתי שבועה וזולת לאבוהון דהיה נשבע היסת אבל ליתמי לא כיון דאין נשבעין ע"ט שמא וזהו הנ"ל בדעת הרמב"ם לפי דרכו של ה"ה אבל דעת הגאונים ז"ל דהא דשבועת המשנה ליכא היסת מיהא איכא דטענינן להו ולדעת הראב"ד אף שבועת המשנה איכא

וראיתי לה"ה בפ"ט דטוען שהקשה להראב"ד דכפי דעתו למה לא מנו חלוקה הלזו בכלל הנשבעין ונוטלים יעו"ש ולכאורה איכא להתמוהי על ה"ה דמה לו עם הראב"ד ולדידיה נמי תקשה ליה אמאי לא תני הביא דהמוציא הוצאות וחבריו דנשבע ונוטל וכמו שהקשה רבינו הגדול הביא דבריו הריטב"א בחי' שם בהאשה שנפלו וכן הובא בה"ז שם ובמרדכי שם ומה שתירץ ר"ח ז"ל דלא תני אלא דברים דאיכא בהדייהו מכחיש אבל מוציא הוצאות דשבועתו היא בשמא אף דליכא מכחיש לא תני א"כ ממילא נסתלקה הקושיא של ה"ה

גם מה שתירצו הראשוני' ז"ל הרמב"ן והרשב"א והריטב"א בפ' הנשבעים דלא תני אלא דברים דמן הדין לא היה שקיל אפי' בשבועה אבל מוציא הוצאות שמן הדין אפי' בלתי שבועה היה שקיל לא תני א"כ גם כפי תירוץ זה נסתלקה הקושיא של ה"ה על הראב"ד

ואפשר לומר דקושית ה"ה על הראב"ד הוא כלפי מאי דמש' מדברי הראב"ד דאפי' בא לדון עם אבוהון דיתמי צריך לישבע בנ"ח משום דכל נוטל צריך שבועה אפי' בנקיטת חפץ ודעתו של ה"ה כתירוצו של ר"ח ודלא כתירוצם של הראשונים הנז"ל שכתבנו לזה תקשה ליה שפיר וזהו נ"ל ליישב דברי הר' המגיד וזו"ר שעמדו על זה ע"ע נחזור לענייננו דנמצא דאין שום מחלוקת בין הראב"ד והרמב"ם בהאי כללא דכל נוטל צריך שבועה אפי' בשמא וכן יש להוכיח מתשו' הרשב"א ח"ב סי' ק"ס הנז"ל דבפשיטות היה לו להרשב"א להביא דאין נשבעים גברי בחיובא וס"ב דאין נשבעים בטע"ש כמו שנתן האי טעמא גופיה לשבועת היסת וכן דעת רבינו ירוחם כמ"ש הר' ש"ך סי' ע"ב ס"ק ס"ה וע"ש שהעמיק הרחיב בזה וע' בסי' פ"ו שכתב כן בפשיטות הר' ש"ך

איברא דכפי הנראה האי דינא הוא משנה ערוכה דהיינו המוציא הוצאות כו' ישבע כמה הוציא ויטול וכן מתני' דהמכיר כליו וספריו וכו' וכמו שהשיג כן הר' ש"ך שם בסי' פ"ג על מ"ש מרן שאם חלוקים הלוקח והבעל הבית שהלוקח טוען במשכון נטלתיו והלה אומר איני יודע דאינו יכו' הבע"ה להשביעו משום דטענתיה שמא ואין נשבעין עט"ש ועל זה עמד הש"ך דאמאי לא כיון דהלוקח נוטל ומ"ש מתני' יעו"ש ולי נראה לומר דאפשר לדעת מרן לחלק דלא נגע דין זה עם האי דינא דמתני' כלל דבשלמא התם דעיקר הספק הוא בגוף המעות כמה נתן דאפ' דלא נתן אלא זוז או נתן מנה כמו שטוען תיקנו רבנן שבועה אבל הכא דכ"ע מודים ובע"כ בכלל דזה נתן מנה כמו שטוען אלא דלא ידעינן דדילמא לאו בתורת משכון יהבינהו ניהליה כמו שטוען הלוקח אלא בתורת הלואה יהבינהו ניהליה בזה וכיוצא בזה לא ניחא להו לחכמים לתקן שבועה ולבדות טענות מלבנו ומדעתינו אלא ה"ל כעין ברי בחיובא

המורם מזה דאיקרא דמרן ז"ל חולק עם האי כללא ושניא היא למרן וכמ"ש וכבר כתבנו דכלל זה הוא מוסכם כמו שביארנו מן המשניו' ומדברי הראשונים ז"ל איברא דאיכא למימר דאין הוכחה גמורה לפשוט האי כללא ממתני' דהמוציא הוצאות וממתני' דהמכיר כליו וכו' דהא דהמכיר כליו וכו' איכא למימר כמו שאמרו בירושלמי לאו עבדרא גנב אלא הורה גנב אבל אה"נ דבעלמא לא משבעינן והגם דבירושלמי גופיה משמע להיפך דקאמר בדין הוא שאינו צריך שבועה וכו' וכלומר משום שהוא בידו הא בעלמא צריך שבועה אפי' בשמא וכמו שפירש כן בס' פ"מ יעו"ש מ"מ הדוחה מצי לדחות ולומר דדילמא כוונת הירושלמי היא גופיה כלומר בדין הוא שאינו צריך שבועה משום הך טעמא

גופא

גופא דאין נשבעין בטע"ש ואפי' ליטול אלא כו' כך אפשר ליישב ולפרש דברי הירושלמי בהאי פירוש' והבי' דהמוצי' הוצאות כו' דישבע ויטול איכ' למימ' דטעמ' דמשביעינן לבעל הוא משום דמורי היתירא דטרח בלא כסף ובלא מחיר וכההיא דשותפין כו' ובהכי ניח' מ"ש הסמ"ע סימן ל"א דמוציא הוצאו' על נכסי חבירו והנתבע לא ידע כמה הוצי' דאינו משביעו אלא שבועת היסת וה"ט משום דלאו בשופטני עסקינן דטרח בלא כסף ובלא מחיר וכיון שכן ליכא לדמותו דין זה למשנתינו כלל מטעמ' דכתיבנ'

ודוי יודע דיותר ממה שכתוב כאן היה לי לכתוב אלא שבעוונתי שכחתי הכל אמנם זה מצאתי כתוב אצלי ותחילה אכתוב מ"ש אלי הה' הש' כמהר"ר אברהם הכהן הי"ו וז"ל על מה שתמה מני"ר ע"ד הר' גד"ת לא כן אנכי עמדי דלע"ד כוונ' הרב גד"ת שדקדק מילת בזמניה שכתב המרדכי דמשמע דר"ל דכשהוא בזמן הפרעון דהיינו ביומא דמשלם ומניה או משתבע היסת אבל לאחר זמנו ממש אז נשבע שבועת המשנה וע"ז תמה הרב גד"ת דהא ודאי דינא דר"פ הוא כשתובעו בזמנו דהיינו ביומא דמשלם ומניה ואפ"ה הוי שבועת התורה כמו שכן נראה מסתמיות דברי הפוסקים ולע"ד סבר' הגא"ש הלזו לא נפלאת היא ולא רחוקה ויש לה על מה שיסמוך וסברה נכונה היא דנהי דאסקינן בסוגיא דשואל דעביד איניש דפרע ביומא דמשלם ומניה מ"מ לא הוי כלאחר זמנו ממש ולפיכ' נחתינן חד דרג' דלאחר זמנו חייב שבועת המשנה וביום זמנו שבועת היסת וראיה לזה מדאמר רבי יוחנן התם דנשבע ונפטר והשתא קשה דכיון דהוי שבוע' היסת בימי ר' עדין לא נתקנה וכבר השיגו הראשונים ז"ל על רש"י שסובר דבימי המשנה כבר היה שבועה זו וכן הוא דעת המרדכי בפ"ב דקדושין ויעויין לבר' מט"ש סימן ע"ה ס"ק ל"ו אלא משמע דאף דבכופר הכל לא היה שבועה בימי ר' מ"מ באומר פרעתיך ביומא דמשלם ומניה כיון דלא הוי סברה כ"כ משבעינן ליה וא"כ ה"ה לדידן במלוה בשטר אף דלאחר זמנו נשבע שב"ת בטוען שפרע ביומא דמשלם ומניה נחית לשבו' היסת ומיהו לדידן לענין ליפטר לעולם הוי הימ' כיון דכל שבועתו הוא מטעם הודאה אבל ליטול דיש בידו שטר קיים די לנו שנחמיר עליו שיטול בשב"ת בטוען לאחר זמנו אבל בטוען ביומא דמשלם ומניה נחתינן דרגא וכההיא דר' יוחנן קודם שנתקנה

וביוצא לזה כתב הרב ב"ח בסימן פ"ד על מחלוקת הרמב"ם ור"האיי ופיר' הרב ז"ל דפלוגתייהו ביומא דמשלם ומניה דלהרמב"ם ביומ' דמשלם גובה בלתי שבועה ולר"האיי בטוען חייב ליטב' וא"כ ה"ה בטוען השתבע לי כו' באחר מלוה בשטר דלהרמב"ם פטור ולדעת ר"האיי ז"ל חייב ומיהו בהא סובר הגא"ש דנשבע היסת דהא להרמב"ם פטו' לגמרי או אפשר דגם הרמב"ם יסבור כן ולא פטרו אלא משבועת המשנה דפוגם שטרו והרב גד"ת לא הביא תכל' זה לפי שאין דברי הרב ב"ח מוכרחים ותו דאפ' דלענין השתבע לי אפשר דכ"ע מודים דאף בטוען פרעתיך ביומא דמשלם לכ"ע הויא שבועת התורה ומיהו כנ"ל מההיא דהשואל יש סעד לדברי הגא"ש

וליכא למדחי שאינם דברי ר' יוחנן רק דברי רב אשי דמה לו לרב אשי לפרש זה הא פשיטא דלדידן ודאי משבעינן ליה וגם פשטא דגמ' מש' שהן הן דברי ר' יוחנן וזהו שנ"ל אם יראה בעיני כת"ר נר"ו ואם שגיתי אתי תלין

ואת זה מצאתי כתוב אצלי וז"ל והנה בכך שכתבתי למעלה דאין ראיה מהסוג' דמאן דמפיק שטרא לחבריה בתוך זמנו וטוען השתב' לי דלא פרעתיך דאינו מחוייב התובע לישבע דיתמי שאני משום דאיכא גבייהו תרתי שמא וחזקה אבל באבוה אה"נ אפשר דמשתב' ולפי הנר' מש' דאישתמי' להו להרב לח"מ פי"ל ממלוה ולהרב ט"ז ח"מ סי' פ"ד דהקשו בפשיטות לר' האי דכפי דעתו למה לא תי' הגמ' דפוגם שאני כו' דלפי זה שכתבנו אינו מוכרח וא"כ אפ' דר' האי ס"ל הכי גם על מ"ש למעלה ע"ד הרב גד"ת דנעלם ממנו מחלוק' הגאונים שהביא הרי"ף כתב אלי ידי"ן הה"ש כמהר"א הכהן נר"ו דכפי דעתו אין כונת המרדכי לומר דשבו' דר"פ הויא שבועת היסת כדעת הגאונים אלא לו' דדוקא ביומא דמשלם משתבע היסת אבל לאחר זמנו משתבע שבועת המשנה ובזה מדוקדק דברי המרדכי דנקט בזמני וע"ז תמה הרב גד"ת דהא ודאי דינא דר"פ אף ביומא דמשלם הוא דנשבע שבועת המשנה עכ"ל ואני אומר אחר המחילה זו היא דרך עקלתון דמי גיל' לו להרב גד"ת דתיבת בזמני דנקט המרדכי לדיוקא אתא דלאחר זמנו נשבע שבועת המשנה ושווינהו לדברי המרדכי משובשים ולא נימא דבזמני דנקט הוא מפני דמאי דסליק מיניה הוא תוך זמנו להכי נקט בזמני וכמו שהבין כן הרב כנה"ג כמ"ש לעיל ע"כ מ"כ אצלי

ושוב אחר ימים ושנים עמדתי על הך כללא וראיתי דמתשו' מהר"ם ז"ל הובא במרדכי פ' האומנים סי' שנ"ט מתברר דגם בנוטל אמרו אין נשבעין בטע"ש וכן הוא דעת מהר"ם ריקאנטי סי' תקמ"ג ממאי דהק' על תשו' מהר"ם דסי' תקי"ב ועל תשו' הרי"ף סי' קכ"ג וכמו שרימזו הרב ד"א בזכרונותיו והבאתי דבריו לעיל ועמדתי בזה במ"א והקשה אלי החכם הדיין המ"ה עלו"ר כמה"ר יצחק רושו נר"ו מאותה סוגיא דפ' כוהג דנשבעים השלוחים לבני העיר במעמד הגזברים ונוטלים שכרם משמע בהדיא לכאורה דאף דטענת בני העיר הויא טע"ש דאינן יודעין אם נאבדו או אם עדיין ברשו' של השלוחי' קיימי עכ"ז נשבעים השלוחים מטעם דבאים ליטול וזו תורף קו' ואני השבתי לו דאפשר למיהדי ולו' דהכא גבי שלוחים נמי שייך טעמא דמורי היתירא כההיא דשותפין וחבריו דאסקי' בדעתיו באמרם ששכרם מועט ואף דלא מצינו כה"ג ליטול הכל מ"מ איכא למי' דתלמוד' לא איירי אלא דהוו מיהא בידיהו מקצת מן המעות ושארית המעות טוענים דנאבדו מהם מש"ה נשבעים כההיא דשותפין וחבריו ואף דהכי' מתני' בטעם דמורי היתיר' הוא דנושא ונותן ומרויח והם הם השנויין במתני' מ"מ כבר מצינו דאף בדליכא הך טעמא דמרויח שייך טעמ' דמורי היתירא יעוין סימן נ"ו מ"ש מרן משם הגהות מרדכי דשליש נשבע בטע"ש משום דמורי

היתירא

ביתירא וסכי מפרשי לה הסמ"ע והע"ש ואף דהרי"ש"ך שם ס"ק ע' פליג ע"ז וכתב דלא טעמא דמורי התירא בשליש כיון דלא מתעסק כו' אפשר דאין דעתו של הש"ך אלא לגבי שליש דליכא טירח' גביה אבל בליהוי' לא דמי לשליחות דהא קא טרח להוליך מעותיו של לוה לבעל חובו

סימן פו

כבר נודע מחלוקת הסב"ם ודעי' דבפלוגתא דרבוותא בקרקע לא אמרינן קרקע בחזקת בעלים הראשונים עומדת אלא מוקמי' ליה ביד מי שמוחזק והנה הכנה"ג סי' ק"מ הג"הט אות י"ד הביא משם מהר"ש יפה ז"ל דהכי ס"ל אמנם בכללי הקי"ל אות מ"ט הביא משם הרא"ב דאיןולאו ודפי' בידיה ועי' למהר"י כולי גם מס"ל ה'שכירות דל"ה מה שהאריך בזה ועלתה הסכמתו דמלי המוח' לו' קי"ל ועי' להרב כנ"הג סי' קמ"ט אות ל"ב על מחלוקת הרא"ש והריטב"א אי בני ריש גלות' דוקא אבל וולתם לא ולענין הלכה כיון דאיכא פלוגתא דרבוות' מוקמינן ליה בחזקת מ"ק יע"ש הנה הר' ז"ל כתב בפשיטות הכא דלא כמהר"ש יפה וע' להרב פאת נגב ח"מ סי' מ"ו שהביא מתשו' הכנ"הג דס"ל הכי והוא ז"ל כשכים דמלי המוחזק לומר קי"ל וע' למהרש"ך ה"א סי' קס"ט שכתב כיון שהרשב"א הוא יחיד בדבר אין לומר קי"ל יע"ש וע' להרב כנ"הג סי' רל"ה הגב"י אות ל"ו שתמה על תשו' מהרש"ך הלזו דחמאי לא מלי המוחזק לו' קי"ל דמפשטיות דבריו משמע וקנה הלוקח ועי' להרב פ"מ ח"ב סימן ל"ו מ"ש על שם מהרש"ך יע"ש

סימן פח

מעשה בא לפני מורי הרב נר"ו על אלם א' שירש מאביו חלי חזקת חנות ממולק"י וחלי רוזקה מאומנות אהעאדלי"ק ושני הלאי חזקות האחרות היה של שמעון ולסיבת מה בא האפוט' של האלם ומשכן את שתי החזקות של האלם לשמעון ויהי מימים השכיר שמעון ללוי ידיק האומנות כלו לזמן קצוב ובתוך הזמן בא האפוטרופוס של האלם ומכר ללוי הסוכר כל זכותו של האלם ועתה קא שמעון בטענת מלרנות שיש לו אם מפני שהוא שותף ואם מכני שהוא נמשכנת' אללו ומורי הרב הי"ו הלא הוא אמר לי כוק הוי דלאורתא קא בעינ'מינך

תשובה יודע אני בעצמי ערכי וכחי ומה אני להשיב להיכן הדין נוטה אבל מה אעשה דגזרת מ'ך עומדת לנגדי דין הוא הד'ר ר' יתקרי על כן יצאתי ממחילתי בעזרת המקום ב"ה ובעזרת מו"ה נר"ו

וזה החלי הנה על הא דקי"ל דליתמי לית בהו דינא דב"מ איכא תרי טעמי דהנה הריב"ש ס"ל דטעמא הוי משום דיתמי לאו בני מיעבד מלוה נינהו האתנם הטור ס"ל משום דאין דרכם

אית בהו דינא דב"מ דעל הלוקח שדייה רחמנא אבל לפי טעמו של הטור נראה דכמו דגבי אשה אמרו כיון דאין דרכה לחזור ולטרוח ה"ה במוכרת כלי שיקפלו בני אדם לקנות ה"ה והוא הטעם גבי יתמי יע"ש וכן מצאתי להרמ"ך הביא דבריו הרב בצלאל שם בשוג' וז"ל אבל היכא דזבינהו אינהו לעלמא איכא למימר דאית בהו דינא דב"מ ומצינן למימר דכיון דהני לא עבידי למטרח ולמיפק מאן דובין מיניהו נמי לא מחייב דזי אמ"ח מחייב לא משכחת אשה למאן תזבון ואתי לזלזולי וכ"ן ביתמי מהאי טעמא כנ"ל עכ"ל הרמ"ך הרי בהדיא כדעת הראנ"ח ובהכי אודא ליה מ"ש הרב נתיבות משפט דמ"ח ד"ה אבל דוק ותשכח וכן לדעת מהר"ש אלשיך דגם ביתומי' המוכרים לית להו דינא דב"מ ונדיפא מינה מלוקחי' וכמ"ש הרב כנ"הג בג"הט אות נ"ב ואף דהמהרהב"ח בספר חשו' תשמע דס"ל דסברא הלזו דביתומי' המוכ' לית להו דינא דב"מ כמעט דהויה היא הוא משום דהרב ז"ל לא ראה אלא סברת תלמידי הרשב"א וגם מהר"י ווייל בתשו' סי' ל"ט אילו היה רואה דברי הרמ"ך ותלמידי הרשב"א לא היה כותב מ"ש וע' להרב ורע אברהם בתשו' סי' ומה שהביא ראיה מהראנ"ח מהביא תשו' מהר"ש כבר תבריה לגזיזים ומ"מ אף אם נאמר דבמחלוקת הוא שוי מלי המוחזק לומר קי"ל וא"כ בנ"ד נמי וכה הלוקח דהיינו לוי כל זה הוא בשנהה מונחת דאלם וכן שוטה וחרש דמו ליתמי

אלא דאעיקרא יש לעמוד בזה אי מדמינן אלם וחרש ושוטה ליתמי לענין דינא דב"מ דאפ' כיון דעצמייהו דיתמי שייך נמי באלם וחבריו א"כ דינם כדין היתו'כיון דנוע שתקנה שייך נמי בהו או איכא למימר וי"ל לאידך גיסא דביתמי דשכיחי תיקנו בהני דלא שכיחי דהיינו אלם וחבריו לא תקינו ולכאורה היה אפשר לו' דמילתא כדנא הוא שנוי במחלוקת מהר"י טייטאצאק והרד"ך דנחלקו בהסכמו' שתיקנו קדמונינו אי אמרי' מילתא דשכיחא תיקנו במילתא דלא שכיחא לא תיקנו דמהר"י טייטאצאק ס"ל שהסכמות והרמות דין נדר יש להן והיו ולבו נעינן והבו דלא להוסיף עלה ומהרד"ך ס"ל שהסכמו' והרמות לא שייכא עם נדרים כלל ולא שייך לו' מילתא דשכיח תיקנו כו' אלא כיון דאיכא לד תועל' איתא בכלל התקנה אף דלא שכיחי ומהריב"ל ז"ל ומהרשד"ם אולי כפי'מהר"י טאייטאצאק וכמ"ש מהר"א ששון ז"ל סי' קמ"ו יע'ש וע' להרב כנ"הג בשיירי יו"ד סי' רמ"ו הג"הט אות יג"א וא"כ בנ"ד לפי דעת מהרד"ך הוא הדיוהוא הטע' באלם וחבריו אם לאו או מכרו דלית להו דדב"מ אבל לדע'מהר"י טאייטאצאק ומהריב"ל ומהרשד"ם איתא לדינא דב"מ זהו נר' לפום ריהטא

אבל אחר העיון נר' דהא ודאי ליתא ואף מהרי"ט ומן דעימיה מודו בנ'ד דוקא הלוקח דהא כשאתה אומר דבדינא דב"מ לא תיקנו הכמי מילת'דלא שכיחא אלא דוקא גבי יתמי דשכיחי תיקנו אבל אלם וחבריו דלא שכיחי לא תיקנו אלא שוו דינייהו כשאר כל העם דאית להו דינא דב"מ ' תקנות שיתקנם רזבונה היתה לכל העולם

ואף ליתמי בכלל דאית להו דינא דב"מ וחזרו ותקנו דליתמי לית להו דדב"מ משום טעמא שרצו חכמים דאין דרכם למטרח ולאלם וחבריו שנקוהו לתקנה הראשונה דאית בהו דדב"מ אף דשייכי לגבייהו טעמא דיתמי כיון דלא שכיח שנקוהו וזה אינו דלא היו ב' תקנות כלל דאיך אפשר דמתחילה יתקנו חכמים משום ועשית הישר והטוב דינא מצרן ומפיק מיד יתמי דגם גבי יתמי איכא ישר וטוב אלא ודאי תקנה אחת היתה ומעיקרא כשתקנו דינא דב"מ ועקרו דינא דאורייתא ליתמי ולשותפי כו' שנקוהו אדינא דאורייתא' דלית ביה דינ' דב"מ מטעמ' שראו חכמים בעיניהם א"כ גם באלם וחבריו משו' טעמייהו דיתמי נמי שנקוהו אדינא דאורייתא ולא שייך הכא הך פלוגתא דמהרד"ך ומהרי"ט וכמדובר

ועפה על דעתי שיש להוכיח כן ממ"ש הרב נד"ת הביא דבריו הרב כנה"ג דיני רבית סי' ק"ס הג"הט אות מ"ג דמותר ליתן מעות שוטה בא"ר כמו שהתירו גבי יתמי מטעם דלא ליכליה קרנא יע"ש הרי בהדיא דמשמע לה פתומי הרב ז"ל דמדמינן שוטה ליתמי כיון דשוו בטעמייהו וילפי' לא שכיח משכיח והרב ז"ל לא עלה בזכרונו הך פלוגת' דהרד"ך ומהרי"ט גם הרב כנה"ג לא הגיה עליו כלום כדרכו בכל המקומות אלא ודאי כדכתי' ודוק אלא שראיתי להמש"ל ה' מ"ול דמ"ט ע"ב דכתב ע"ד הרב גד"ת הללו דדינו של הרב ז"ל במחלוקת מהרד"ך ומהרי"ט הוא שנוי ודלא כמ"ש והמעיין יראה האמת סוף דבר אף אם נאמר דבמחלו' מהרד"ך ומהרי"ט הוא שכתב וכפי שיטתו של המש"ל מ"מ מידי פלוגת' לא נפיק ובנ"ד מלי הלוקח לו' קי"ל כדעת הרד"ך והרב גד"ת כפי דעת המש"ל י ומורי הרב נר"ו הלא הוא אמר לי מילת' בטעמ' דלא דמי נ"ד למ"ש המש"ל דהתם שאני דטעם האיסור שראו הכמים לאסור גבי א"ר היה שייך נמי גבי יתמי אלא שראו חכמים שתקנתם היתה לקלקלתם של היתומים שמא ימותו ברעב תוקמוה אדיניה וביתומים דשכיחי תיקנו אבל באלם וחבריו דלא שכיחי לא תיקנו אבל הכא דמה שעקרו דינ' דאוריית' לגבי מצרן ונתנו כח למצרן להוציא מיד הלוקח משום ישר וטוב דאיכא גביה משא"כ לגביה לוקח אבל היכ' דגבי לוקח נמי איכא ישר וטוב הו היכא דגבי מוכר כגון דמו' למזוני או כיוצא משום פסיד' דידיה לא תיקנו א"כ גם באלם וחבריו מוקמינן ליה בידייהו וזהו מה שהבנתי מדבריו איך שיהיה בנ"ד אין כח בידינו להוציא מיד הלוקח

האמנם פה גנן לעמוד במאי דבא בשאלה דהמערערים הוא שותפות וכבר מצינו למהר"ש הובי' בתשו' דשייכי לס' קנין סימן ל"ה והבי' דבריו מרן ב"י דס"ל למהר"ש דהא דאמרי' לאשה וליתמי לית להו דינ' דב"מ ה"מ לגבי מצרן אבל שותף אתי ומפי' מיד לוקח ואף דהלוקח ג"כ הוא מצרן משום דהשותף אית ליה תרי כחי שות' ומצרן ומטעם זה דאם אשה ויתמים נמי מצרנים מוציאים מיד המצרן יע"ש וא"כ ק"ו בנ"ד דהו' שות' וגם דממושכן גביה אלא דאי מהא לא מכרעה דכבר נודע מאי דכתבו האחרוני' דהריב"ש

דחשו' סי' תפ"ג חולק על מהר"ש וזיכה ליתמי אף לגבי שותף ומצאתי לו חבר להריב"ש תשו' הרי"ף שסבי' הרב' בכלאל שם בסוגיין על אשה שלקחה בית מראובן ואותה הבית היה שות' בה שמעון דאינו יכול שמעון השות' להוצי' מיד האשה יע"ש באור' וכדומה תשו' הלזו היא מה שהבי' מהר"ם ריקאנאטי יע"ש ויתמי ואשה כי הדדי נינהו באופן דמצינו בהדי' להרי"ף שכתב דלא כמהר"ש ומעתה נסתלק ספיקו של מהר"א ששון ז"ל בתשו' סי' כ"ו אי אמרינן קי"ל כהריב"ש דכבר מצינו חבר להריב"ש

וראיתי להרב נתיבות משפט ז"ן שכתב דע"כ לא פליג הריב"ש על מהר"ם אלא דוק' משום דאזילי שיטתיה שכתב דטעמ' דיתמי משו' דלאו בני מיעבד מצוה נינהו וא"כ להאי טעמ' אף דינא דשותפי נמי לית' ביתמי אבל למ"ד דטעמא דיתמי משום דלאו דרכן למטרח אפשר דלגבי שותף לא וכ"מ באשה אינו חולק הריב"ש על מהר"ם יע"ש לפי דבריו בנ"ד נמי אין לומר קי"ל כהריב"ש כיון שהם מוכרים ובמוכרים טעמ' הוא משום דאין דרכם למטרח וכמ"ש לעיל הא לא מכרע' דכבר מצינו להרי' דה"ה לגבי אשה דאין השות' מוציא והגם דטעמא דאשה הוא משום דאין דרכה למטרח נקטינן מהא דהאי דינ' דמי שיש לו ב' כחות אם יש כח בידו להוצי' במחלוקת הוא שנוי וכיון דכל חיליה דמהר"ם דכתב דאם אשה ויתמי מצרנים הם דמוציאים מיד הלוקח אף שהו' מצרן דכיון דאית להו ב' כחות הוי"ל כשות' יע"ש וכיון דמצינו דבשות' חלקו עליו הרי"ף והריב"ש ממיל' דס"ל להרי"ף והריב"ש דאשה ויתמי מצרנים דאין אלו מוציאים מיד המצרן וא"כ בנ"ד נמי אף ששמעון הוא שות' עכ"ו מצי הלוקח שהוא מוחזק לומר קי"ל כהרי"ף והריב"ש דאין כח ביד השות' להוצי' מיד הלוקח ואף דבנ"ד שות' זה אית ליה עדיפות' יתירת' שהו' ממושכן אצלו והו"ל כמו ג' כחות מ"מ מסתבר' כיון שהרי"ף והריב"ש ס"ל דאף מי שיש לו ב' כחות לא אלים לאפקועי מהמוחזק כמו כן בג' כחות וזה שכתבנו הוא הפך תשו' מהרא"נ"ח ה"א סימן קי"ד כרם שלמה ח"מ סימן מ' בני משה שלטון סימן מ"ע פמ"א ח"א סימן ו' וסי' נ"ן וע' ח"ב סימן יעוין בדבריהם דכולהו אזלי בשיטת מהרא"נ"ח דפסק דמי שיש לו ב' כחות מוציא מיד המוחזק ולא כן אנכי עמדי וכמ"ש גם הר' נ"מ על דברי כרא"נ"ח שהוא מהסס הרבה

גם מהר"ש יונה ז"ל הבי' דבריו הרב כנה"ג ז"ל הגה"י אות ל"ד כתב דע"כ לא כתב מהר"ם דאע"ג דלית ליה דינ' דב"מ דינ' דשותפי אית להו אלא דוק' כשהו' לצורך הלוקח כגון המוכר לאש' וליתמי אבל כשהו' לצורך המוכר לא חילקו בזה בין מצרן לשות' יע"ש וכפי דבריו שקונה מן האש' למ"ל דלית ליה דינ' דב"מ אף דינ' דשותפי לית' וכמ"ש שם הרב החנ"ב וא"כ בנ"ד שהם יתומים המוכרים לית להו דינ' דשותפי ואף לדעת מהר"ם והטעם דתשו חכמי' לפסיד' דידהו וכן היה בנ"ד דשמיעון השות' היה רוצה לקנותה קודם קניית הלוקח מחלית דמיו ממה שמכר' אלא שלאחר קניית הלוקח חזר בו' ורוצה לקנותה בשיעור

בשיעור הדמים שקנאה שלוקח גם מצאתי להרב ד"א בזכרונותיו וז"ל בחות מצרן כל שזה בא מב' כחות וזה מצח א' מי שיש לו ב' כהות וזכה ואפי' אם קדם וקנה מהרא"נ ה"א סימן י"ט ודקדק כן מדברי מהר"ם והסכים עמו הרב כמ"א סימן נ"ן ועי"ע להרא"נ שם סימן קי"ד ובפמ"א סימן ו' ועי' להרב כנה"ג ריש הל' מצרנות שהבי' שרש"י והרמב"ם ס"ל דמוכר שמכר למצרן שאין השות' מוציא מידו ועיין הרי"בל ה"ב סימן ולהרב ש"ך הל' מצרנות ולפי זה במחלוק' הוא שנוי ודעת הרשב"א שהבי' מ"ן ג"י הל' מצרנו' מנהו' ל"ז כמהר"ם עכ"ל הרב ועי' בס' תורת משה לבן מהרמ"ש ז"ל סימן י"ב ועי' להרב פ"מ ה"ג סימן ט"ן דמשמע קצת דהאי דינ' דב' כחות לא מהרעא מידי ומהר"ש פלטון סימן מ"ו נשאל על נדון הרב פ"מ וזיכה למצרן משום שהיה לו ב' כחות ולשיטתי' אזיל כמ"ש בסימן מ"ט

הנה ביארנו דלפי שורת הדין אין כח ביד השות' הזה להוצי' מיד הלוקח אמנ' מכח לשון ההסכמה שכתוב בסימן י"א וז"ל שכל איש ישראל שירצה למכור חזקתו השוכר הדר בו יהיה קוד' בקני' לכל איש ישראל מצרן וזולתו כו' ובכלל הדבר הזה הוא אם שמקום ההוא הוא מתושבן המשכן קוד' עכ"ל וא"כ בנ"ד שהוא חזקת המחלק' שמושכר וממושכן לזה השות' הוא הקודם

אמנם יש לברר תחילה השפיקו' שיש להסתפק בהסכמה הלזו שהעדיפו כחו של שוכ' דקדים למצרן ראשונה יש להסתפק דאפשר דלא היתה כוונתם להעדי' כחו של שוכר יותר ממצרן אלא דוק' בדבר שכבר עקרו חכמים דינ' דאורייתא ותיקנו דינ' דב"מ משום ועשית הישר והטוב כו' והמצרנים יכולת בידו להוציאו מיד הלוקח ובאו בעלי ההסכמ' והיקנו דשוכר נמי איתיה להאי דינ' דב"מ ועדיפ' מינה דקדים למצרן אבל בדבר שאוקמוה אדיניה דאורייתא ולא חלה תקנתם כגון הני דיני האמורים בגמ' משום דגם לגבייהו נמי איכ' ישר וטוב א"כ בשוכר נמי לא נתנו לו בעלי ההסכמה כח להוצי' מיד הירושה שמעקר דינ' דאוריי' והש' הב' הוא דכח זה שנתנו בעלי ההסכמה לשוכר אם הוא אפי' להוציא מיד הלוקח אף דכבר זכה או אפשר דדוקא לענין קדימה הוא אבל לא התקינו אפי' להוצי'

ואשיב על הראשון והוא דאף דמלשון ההסכמ' משמעותה הוא לענין קדימה בלבד וכן מצינו הגהה אחת כ"י כתובה בגליון ההסכמות אשר בידינו בכת"י אשר החותמים בו בעלי ההסכמות וראשי הקהילות וז"ל הגהה בקיצור לכן נראה דכוונ' בעלי ההסכמ' להד' הקדימ' לשוכר כשבאים כא' השוכר והמצרן [illegible] כא' השוכר והמצרן ולא אמרי' מאן דאלים גבר וליסני' דריש' דההסכמה מוכח הכי דקאמר שכל איש ישראל שירצה למכור ולא קאמ' שמכ' גם מ"ש אף שיתנו לו ולא קאמר שנתנו לו וכן מ"ש שנמכרת ולא נקנו המכורה ומ"ש או שנודע לו המכי' ר"ל המכירה שהנו עסוקים בה ונעשית עכשיו כהווה שמעתי דהכי נהוג קמאי וקמאי דקמאי עכ"ל הגהה הנה העיד הרב בעל הגהה הלזו שלא נתנו בעלי

ההסכמות כח לשוכר להוציא גם הרב כנה"ג בתשו' ה"א סימן קכ"ו אזיל בשיטה הלזו וכתב דההסכמה קורא' בגרון דלא העדיפו כח השוכר מהמצרן אלא בבאים שניהם לקנות אבל אם קנאה המצרן אין השוכ' מוציא' מידו שכ"כ נפי' יהיה קודם יע"ש אמנם מצאתי למהר"ש פלטון סימן מ"ט שנסתפק בהאי ליסנ' דקוד' הכתוב בהסכמה וכתב ששאל את פי הממונים ע"ז והשיבו לו שכך קיימו וקבלו עליהם מימי עול' וכשני' קדמוניות דהך קודם הוא דמסלק יע"ש גם הר' כר"ש ח"מ סימן מ' הולך בשיטה הלזו ומתשו' הרב פ"מ ח"ב סימן פ"ג מתבאר כן ועי' להרב פאת נגב ח"מ סימן כ"א גם שנוטה שמענו מרבני עירנו שכך נהגו וכך ראו מקדושי' אשר בארץ המה וא"כ נמצא שנהפך המנהג ממה שהיה מקודם וכ"כ הרב ידמ"א ח"מ סימן כ"ח ועי"ש סימן

אמנם נראה דעדין אין ראיה מתנהג זה הנהוג בינינו שכך היתה כוונת' של בעלי ההסכמה שיהיה כח השוכר אפי' להוצי' דאפש' שנסתפקו גדולי הדור שלפנינו ע"ז ומכח האמ' שכתו' בהסכמה אזלו להחמיר דס' הדס להחמיר וכ"מ למה שאכתוב והוא שנבאר תחילה מה שנסתפקנו למעלה אם העדיפו כו' והנה ראש המדברים בזה הוא מהרא"נ ה"א סימן ק"ו וקי"ד שכתב דכיון דבהסכמו' קושטא קבעו בה משמרות דקודם לכל מצרן וזולתו כ"ש לגבי אשה ואף דאינו ברור בלשון ההסכמה שאם קנה כבר דמוציאה השוכר מידו מ"מ אף לכשתמ"ל כן הרי העדיפו כח השוכר מכח המצרן וא"כ אפי' אם היתה אשה אין לנו לדון בה דין אשה ויתמי דדילמא לא אמרו אלא דלאשה לית לה דינא דב"מ אבל אכתי אפשר דדינא דשכירות דעדיפא איתא וכמ"ש המפר' דלוקח דינא דב"מ לי"ל אבל דינא דשותפ' איכ' ונמצא דראובן מוציא מיד הקונה עכ"ד

והנה הרב ז"ל אומר דשוני לזה שכת' דכיון דהסכימו שקודם לכל מצרן כ"ש לגבי אשה לפי הני טעמי משמע דכוונתו הוא דס"ל דהא דאמרינן דאשה וליתמי לית להו דדב"מ היינו דוקא נקדמו ולקחו אבל היכא דבאים שניהם כאחד האשה והמצרן לא הוי כמו ב' מצרנים דמאן דאלים גבר אלא יהבינן למצרן ולא לאשה וא"כ כיון דבעלי ההסכמות נתנו לשוכר דין מצרן ועדיפא מינ' דקדים כ"ש דבכלל תקנתם היתה דשוכר קדים לאשה אלא דעדיפא מינה נקטו בלשונם ואם זה הוא כוונתו נרא' דאיכא למשדי נרגא בסברה הלזו דס"ל דאשה ומצרן שבאו ב' כאחד דהמצרן קדים נראה דס' יחידאה היא דהנה מהר"ס נתשו' דשייכי לס' קנין סימן ל"ם כתב דאשה ומצרן דינייהו כדין ב' מצרנים דמאן דאלים גבר

וכן הוא דעת ר"י אלברצלוני הביאו הטו' סי' קע"ו סנ"ו וז"ל ומיהו אם קדם מצרן ובין אין בעלים הראשונים יכולים לסלקו דהו"ל כמו ב' מצרני' שקדם אחד מהם וכן נמי כל היכא דאמרינן אין בו דינא דב"מ כגון לאשה וליתמי יע"ש מוכח מדבריו הללו דדין ב' מצרנים אית להו וכדעת מהר"ש ומדברי הרמב"ם שכתב שטוב וישר שעושים חסד עם אלו יותר מבעל המצר מוכח דהיכא דבאו ב' כאח' ליתמי יהבינן ולא למצרן

וראיתי

וראיתי לה"ר נתיבות משפט דמ"ח ע"א דשקיל וטרי בזה ובסו' דבריו כתב דמדברי הטור שכתב בסעי' ס"ע שטוב ויפה למכור לאשה מוכח דאף לכתחילה ליתמי יהבינן ולא למצרן יעו"ש ואני אומר דאין ראיה מכאן דאיכא למדחי ולומר דשיעור כונת דברי הטור הוא לאפוקי אחר שהמצרן קודם משו' טוב ויפה דאיכא גביה והמוכר מוכר למצרן אבל יתמי כו' כמו שטוב ויפה למכור למצרן כמו כן נמי טוב ויפה למכור לאשה ושקולים הם ויבואו שניהם וה"נ משתברא דהא בסעי' נ"ו הביא דברי הרב אלברגלוני לפסק הלכה ודוחק לומר דאין כונת הטור לפסוק כהרי"ף אלא דוקא לדין בעלים הראשונים נמצא לפי זה שכתבנו דיש שתי סברות דעת הרמב"ם ז"ל הוא דלכתחילה מוכרים ליתמי לדעת מהר"ם והריב"ש ז"ל והטור דדין ב' מצרנים אית להו הסברא הנ' והיא ש' הרא"ש בתוספותיו הביא דבריו הרב בא"ו בסוגיין דכ' דאם באו ב' כאחד המצרן והאשה ויתמי פשיטא דלמצרן יהבינן ועי' נמי להרב כנה"ג הגה"ט אות ס"ט

וראיתי להרב פמ"א ח"ב סי' ו' דהסכים דלכתחילה ליתמי יהבינן ולא למצרן והיליף מדברי הרמב"ם והטור שכתב הר' נ"מ וכבר כתבנו שהוא ממחלוקת ואם כן אם הפירוש שפירשנו בדברי מהרלנ"ח הנז' הוא אמיתי קשה עליו איך סבי' ליה הא כברת הרא"ש נמצאו ואדרבה מדבריו דסי' קי"ע לא משמע הכי למדקדק היטב וא"כ צ"ע מאי כונתיה של הרב ז"ל שעליה בנה יסודו ומ"ש הרב עוד דאף דאינו ברור בלשון ההסכמה דאיכא דקנה כבר דמוציא השוכר מידו מ"מ אף כו' ונמצא שר' מוציא מיד הקונה לפי מה שפירשנו למעלה דדעתו של הרב הוא כדעת הרא"ש דלענין קדימה מצרן ויתמי מצרן קודם מתישבים דבריו שפיר ושאר דברי כונת הרב כך היא דאף במוגה שלא נתנו בעלי ההסכמ' כח לשוכר להוציא מיד המצרן ואי' קודם דוקא הוא היינו דוקא במצרן שכחו גדול וא"כ לא העדיפו כחו של שוכר אפי' להוציא אלא העדיפו לענין שיקדים הוא למצרן אבל באשה ויתמי אף דמצרן אינו מוציא מידם השוכר מוציא מפני דכיון דאית ליה לשוכר עדיפות' יתירתא משל מצרן כמו שמצרן קדים לאשה וליתמי מפני שיש למצרן עדיפות יותר מדידהו בשוכר דסלי' חד דרגא על מצרן שקודם למצרן מינה דמוציא מיד האשה כמו בשותף דמוציא מיד של האשה אף דאין שמצרן ואפ"ה שותף מוציא וטעמא מפני שיש לו עדיפות יותר והשוכר נמי עשאוהו כשותף ולאו למימ' כשותף ממש דהא שוכר אינו מוציא מיד המצרן לפי ההנחה שהניח הרב ז"ל ושותף מוציא וכמ"ש מהר"ם בהדיא וזו נראה לפרש כונת דברי הרב ז"ל ועיין להרב כנה"ג ח"א סי' קכ"ו במה שנתקשה בדברי מהרלנ"ח הללו סו"ס למדנו מדברי הרב ז"ל שבעירנו קושטא יע"א העדיפו כחו של שוכר אפי' להוציא מיד האשה וזה לפי בניינו שבנה הרב ז"ל דמצרן עדיף מאשה וכתב מהר"ם דשות' מוציא מיד האשה וכבר כתבנו דבכל הני יסודי שבנה הרב בכולהו אית להו פרכי כן מ"ש דמצרן עדיף מאשה וזו דעת הרא"ש בלבד ולפי הנראה יחיד הוא בדבר הזה וכמש"ל וכן מש' כמו שמצינו דשות' מוציא מן האשה כמו כן בשכירות גם לזה כבר כתבנו דגדול הפוס' הרי"ף חלק על מהר"ם וגם הריב"ש עומד כנגדו ואף דהר' מהרימ"ט והרב נ"מ כתבו דלא פליגי הריב"ש ז"ל עם מהר"ם אלא דוקא גבי יתמי וכטעמא דכתיבנא לא כתבו הכי אלא כדי שלא לאפושי פלוגתא בין הריב"ש עם מהר"ם אמנם השתא דחזינן דאיכא מאן דפליג על מהר"ם והוא הרי"ף ודאי דמוקמינן דברי הריב"ש על מתכונתם

ומעתה לדידן אף דההסכמות עשויו' בחרם וש' חרם להחמיר מ"מ יש לנו ס"ס ס' אם הלכה כמ"ד דאשה ויתמי ומצרן שבאו כאחד לאשה וליתמי הוא דיהבינן ולא למצרן משו' דאינהו עדיפי יותר ובהסכמות שכתוב השוכר קודם לכל מצרן אמרי' דלא תיקנו אלא למצרן דאי לא הו"ל לבעלי ההסכמה לאשמועינן רבותא יותר וא"ת"ל דה' אזלא כמ"ד דאשה ומצרן שקולים הם ונקטו מצרן וה"ה אשה ויתמי ולמ"ד דמצרן עדיף נקטו מצרן לאשמועי' רבותא יותר ס' אם זה העדיפות שהעדיפו לשוכר קודם הוא דוקא לענין קדימה ואף דכבר כתבתי דעכשיו נהגו לדון אפי' להוציא כבר כתבתי דאין מזה ראיה דכך היתה כונתם ומתהפך הוא ודוק

ותחזינא ליה להרב כר"ש שם סימן מ' שדקדק מלשון ההסכמה שכתוב לכל מצרן לאתויי אחד בין מצרן בין אשה קונה או מוכרת וכן דקדק מלשון לכל איש ישראל דלא מיעטו אלא דוקא גוי אבל כל איש אשר בשם ישראל יכונה ואפי' יתום או עני השוכר קודם יעו"ש ולפי זה אזלא לן הס"ס שכתבנו אמנם הרב פ"מ ח"ב סימן פ"ג כתב בפשי' דלא העדיפו בעלי ההסכמות יותר מדינ' דגמ'

ועם כי דברי הרב פ"מ תמוהים דאייתי בידיה תנא דמסייע ליה למרן וקנו דס"ל דלא העדיפו ואינו כן דבסי' פ"א איירי בהסכמות ברוסא וכבר בסימן ק"ו וקי"ד חילק בהדיא בין ההסכמות קושטא להסכמות ברוסא והרב פ"מ בהסכמות קושטא איירי כמו שיראה המעיין מ"מ נקטינן מדברי הר' ז"ל דלא דריש לשון ההסכמה וכמו שדרשו הרב כר"ש והרב ב"מ שלטון גם הרב כנה"ג בתשו' הנז' לא דריש לשון ההסכמה וראיתי להרב פאת נגב שם שכתב בפשי' דלא העדיפו כח השוכר יותר מדינא דגמ' וזה תימא דלא שעלה בזכורו דזהו מחלוקת בין רבני הדור והוי יודע דיותר ממ"ש כאן היה רמוז בזכרוני ובעוונותי שכחתים

ומעיד אני שנדון זה בא לפני ב"ד שהצדק גזו' שבדורינו ה"ה מורינו הח"שש הדה"ת כמוה"ר מיכאל אשכנזי ס"ין הוא אמר דכיון דפסק מהרלנ"ח דשלוקח יהוש לעצמו א"כ ניתיב ליה לש' השותף

השותף ידי"ק המולק"י וידי"ק האומנות יוכה בו הלוקח אלו דבריו נר"ו הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי

הצעיר **אליעזר**

די טולידו ס"ט

סימן פט

שאלה נש' הח"ר כוליה המ' ניירות הנק' קאיימי"ם מסך המשיה גרוש' ומעל' וכמעט דהמשא ומתן של כל בני מלכותו אינו אלא ע"י ניירות הללו החתומים בחותם המלך יר"ה ובא לפנינו ב"ד בר' שלקח משמעון נייר אחד מסך אלף גרוש' ונתן לו מעות בעין וכשבקש ר' ליתנו ולמוכרו לאחריני אמרו לו דהוא מזוייף מחולו דיכחו אנשים בני בליעל והתחילו לזייף כמותו כללמו ואין כל אדם יכול להבחין ולידע אם הוא מזוייף ונקי בהם וכנס מועטי' ועתה בא ר' קובל ומתרעם וצווח ככרוכי' ותובע מש' מעותיו דנתנלו במקחו דע"מ וע"מ רמיתני ויסי כמשיב שמעון לא ברירא לי ואיני יודע אם זה הנייר הוא שמכרתי לך דכמו שלקחתי הנייר מגוי אחד מכרתיו ואפשר דהגוי אינה אותו או אפ' דזה שנייר אינו אלא אחר שהיה שלך ואינו מה שמכרתי לך וצריך לעיין לפום דינא להיכן הדין נוטה

תשובה אבא בקצרה ולפום ריהטא נראה לדמויי הא מילתא למ"ש המרדכי פ' המפקיד סי' רנ"א ומקלתה הנה היא מודפסת בתשו' מהר"ם ק"ג סי' ל"ב וז"ל ר' שטען על שמעון מכרת לי חפץ של זהב ועכשיו שברתי החפץ ומצאתי בו בדיל כו' ואם טוען שמעון ואמר איני מאמינך דמצאת בו בדיל ועופרת נשבע שמעון שאינו יודע שהיה בו עופרת ויפטר יע"ש והביא דבריו מרן ב"י סימן רל"ג ופסקו מור"ם סי' רל"ב סעי' י"ח יע"ש הרי לכאורה ראיה לנ"ד דהכא דהלוקח טוען ברי לי דזהו הנייר שמכרת לי והמוכר לא ברירא ליה דאינו יודע אם זה הנייר עצמו איהו ניהו מה שמכר לו והגוי אינה אותו לשמעון או שמא הלוקח דהיינו ר' החליפו באחר שהיה אצלו ונמצא דהיינו מאמינו שמ' המוכר לר' נשבע שמעון שאינו יודע שהנייר שמכר היה מזוייף ויפטר ש' והוי דינא דנ"ד כפסק' דדינ' דפסק מהר"ם

ובשאני לעצמי היה אפשר לחלק ולפלוגי בין עובדא דנ"ד לעובד' דמהר"ם דבדיל והוא דע"כ לא פסק מהר"ם דישבע המוכר ויפטר היינו מטעמא דלא נתברר לבני אדם דהיה חפ' מזוייף דהוותו מוכיח דלית בו זיוף דהוי מרובה זהב ורגילי אינשי ומטעי ולא אכשר לתיקם ע"ה דמילתא אם לא הדר שבירה והיתוך באש וכיצין שחילקו גדולי הראשונים לדינא בין שמא טוב לשמא גרוע אבל בנ"ד כבר נתברר מזה ימים דיכמ' בני בליעל וזייפו כמה וכמה ונתפרסו למלכות לעונשי' עצומים ומאחר דזיוף כזה כבר נתברר מזו ומוקדם א"כ הו"ל לאידע לשמעון במקחו אם הוא מזוייף או לא א"כ אין ראיה לנ"ד מהביא דמהר"ם . והגם דש' לא ידע מזה מ"מ לגבי ר' ברי בחיובא שנטל דמי המכירה ובחזרה אם מכר לו נייר טוב או נייר גרוע

אך אמנם אם באנו לידי מידה זו דברי בחיו' וש' בחזרת אין בנו כח לכאורה להוציא מיד המוחזק דבאנו למחלוקת של גדולי אחרונים על מי שפרע לחבירו מעות ונמצא בהם רעות ומזוייפות ובא המלוה להחזירם ללוה והלוה אומר לא ברירא לי ואיני יודע אם שלי הם דעת הרשד"ם ח"מ סי' פ' ומהרש"ך ח"ב הביא דבריהם הרב שהכ"ג סי' ע"ה הגה"ט אות ל"ב דחייב הלוה להחליפם בקבלת ח"ס דשלו הם ומטעם דשוי ב"נא וש"ב וכן דעת הרב ש"ך סי' רל"ב ס"ק י"ד ב"ד ה"מ סי' ק"א ג"ור ה"מ כלל ג' סי' מ' האמנם הרב ט"ז סי' ע"ה נשאל על מילתא כדנא וכתב דיש מחלוקי' בין הדיינים קצתם מדמים לאיני יודע אם נתחייבתי לך דנשבע ונפטר וקצתם מדמים לאיני יודע אם פרעתיך והוא ז"ל פשיט דדעתו הוא ככת הרבנים דס"ל דדמי לאיני יודע אם נתחייבתי לך והביא ראיות לדבר ובכלל ראיותיו הביא האי דינא דמהר"ם דעובדא דבדיל דס"ל למהר"ם דהגם דזה היה חייב לתת לחבירו טבעת של זהב אפ"ה אמרינן כל שאינו יודע אם הוא זהב כו' נשבע ונפטר כו' יע"ש וכן דעת הרב פנים מאירות ח"א סי' ס"א ומהר"י עייאש בס' חינוך ב"י סי' ק"ו רמזו הרב מט"ש סי' ע"ה הגה"ט אות כ"ו וכן דעת הרב ב"מ מאג'אר ה' מו"ל סי' ה' דל"ג ע"ד יע"ש והרואה יר' דיש גמגום בדברי הר' מט"ש ה"ג סי' רל"ג הגב"י אות א' דעמד על ס' הרשד"ם ודעימיה וז"ל מתשו' מהר"ם הלזו יע"ש . ולא זכר שר דבר פלוגתיה דמהרשד"ם דהו ניהו הט"ז שמוכות שלו הוא מתשו' מהר"ם הלזו דעובדא דבדיל וכזמור ומה שחיל' הרב מט"ש מנדון מהר"ם דהיה תכר ושניא מכר מהוב קווט כבר קדמו הרב בית אברהם סי' ע"ה וכבר רמזו הוא ז"ל בה"א סי' ע"ה אות ו"ך והיה אפשר לצדד ולומר דמסתברא כסברת הרב ט"ז ודעימיה ז"ל והוא דכל עיקר טעמא דמחייבינן בברי בחיוב' וש"ב הוא מאחר דפרע דייק דמפרע לא דייק וכדאמרינן בפ' הכותב דפ"ו ע"ב והו"לא דק אם פרע הו לא מוכרח הוא שלא היה פרעון בהאי מלו' ואיתרי' מוקמיה דממונ' דאית ליה ולפום האי סברא היכ' דכבר קיים מצות פריעה אלא דלא ברירא ליה אם היה בתוך מעותיו מטבע הלזו שהי' מזוייפת או לא לא איתרע חזקתיה דלא דייק דלא איתמר בנת' האי טעמ' אלא בעצמות הפרעון

ועל פ"ו נתיישבו אצלי דברי התוס' דסוטה דכ"ה ע"ב ד"ה בית הלל שהקשו וז"ל וא"ת מ"ש מתני' כו' ה"נ היא טוענת ברי והבעל אינו יכול לטעון ברי ותיהוי. תיובת' דרב הונ' יע"ש ויקשי להו אליבא' דכ"ע דהא ברי בחיובא וש"ב הוי בעל דחיובו ברור. אלא דספוקי מספק"ל בפיטורו אם לא כמו שכתבתי דלא איתרע חזקתיה דבע' ולא

שייך

סייך לומר לא דק וכבר עמדתי ע"ד התוס' הללו זה ימים ושנים וישבתי דבריהם בא"נפ' אחריתי כתוב בזכרונותי אות יו"ד דפ"ד ע"א יע"ש

ועל פי זה נסתלקה קושית הרשב"א ז"ל בחי' לגטין פ' הזורק דע"ח ע"ב ע"ד התוס' ז"ל שתירצו דטעמ' דחולקין הוא משום דהכ' לתרוייהו אית להו חזקה למלוה אית ליה חזקה מחיובו של לוה בקדוש קודם שנולד ספק זה וללוה אית ליה חזקה דממונ' והקשה על זה הרשב"א ז"ל וא"ת אדרבה כל' הלוה ברי נהיוב' וש"ב יע"ש ולפי מ"ש דכל עיקר טעמיה דב"ב וש"ב דחייב אינו אלא משום דמ"א דכר' דייק וזה לא דק אם פרע או לא איתרע חזקתיה דממונ' דאית ליה ללוה דמוכרח הוא שלא פרע דאם איתא דפרע מידכר הוה דכיר ליה א"כ הכא בזורק לו חובו מאי פסיעות' איכ' גביה דלוה דלא דק הא אדינוריה דמלוה דאמר לו זרוק קן סמיך ואפשר דזהו מאי דקאמר הרשב"א ז"ל דיי"ל דשאני התם דליכ' רגלים שפרעו כלומר ולא דק אם פרע או לא אבל בזרוק הא איכ' ספיק' לפניך כו' יע"ש

ואפשר דזה שכתבנו נכנס בסוג מ"ש ז"ל בהאי דינ' דב"ב וש"ב דטעמא הוי משום דהשת' גרוע דהל' למידע יעויין בתשו' מהרחנ"ת ח"ב סימן ת' והרב מש"ל פ"ד מטו"ל והרב פאת נגב ה"מ סימן ב' יע"ש מה שאסף וקנה בזה

והנה הרב ט"ז שם אסבר' לן טעמו של דבר דפטור הלוה בנמצ' מטבע מזוייפת מאחר דרוב מטבעות אינם מזוייפות אלא כי טובות הנה באופן דבעידן דפרעיה ביד המלוה רוב' דמסייע ליה ללוה דנסתלק מיניה חיובו שהי"ל עליו ולא אמרו דבב"ח וש"ב דחייב היינו משו' דאזלי' בתר חזקה קמייתי דמלוה דחיובו ברור אצל הלוה אלא דעכשיו נולד הס' אם פרע או לא אין ס' מוצי' מידי ודאי ואתיל' בתר הזוב נתוקפו דליכא רוב' דמנגד חזקה קמייתא כי היכי דנימא רובא וחזקה רוב' עדיף ובמה שכתבתי כוונת הט"ז אזל' ליה תמיהת הר' בית אברהם סי' ע"ה דקפ"ג ע"א ע"ד הט"ז וז"ל ואנכי לא ידעתי כו' ועליה אני דן אם נסתלק או לא נסתלק כיון דעיקר החוב הוא מודה בו והפרעון הוא נס' אכלו כו' יע"ש וכבר פירשנו לכוונת הרב הוא דרוב' מסייע ליה ללוה דנסתלק חיובו מעליו שהיה לו למלוה אכלו מאחר דרוב מטבעות טובות הנה ואינם מזוייפות א"כ אין הס' אם נסתלק או לא נסתלק שקול אלא רובא איכ' בפרעון טוב

גם מה שתמה עוד הרב ז"ל מדברי התו' דפ"ק דהו' דיי"א דכל חזקה שלא נתבררה ולא נודעה אפי' שעה אחת לא אזלינן בתר' כו' ובנ"ד לא נתבר' חזקה הזו שפרעו פרעון טוב יע"ש אינה תמיהא דחזקה שכתב הרב ט"ז הוא מטעם רוב' וכאמו' ועליה בנה יסודו וקבע בה מסמרות

והיותא דאתית להכי בנ"ד נמי רוב' דרובא דרוב' הם ניירות מועילות וטובות שאינה מזויפות אלא יוצאות מבית המלך ומיעוט הוא דאיכא מזויפות ובעידן המכירה איכ' לאיסתפוקי אם הנייר איהו ניהו מן הטובות וא"כ המכירה או אינה אלא נייר מזויפת ולא חלה המכיר' ומחוייב להחזיר לו דמיו ומאחר דהמוכר טוען לא ברירא לי ואיני יודע אם אתה החלפת את הנייר או שמא היה הנייר שלי א"כ דינ' הוא דנשבע המוכר כו' ולפסקו של הרב ט"ז ומצי למימר קי"ל

עוד איכ' טעמ' אחרינ' בנ"ד הגם שלא בא מפורש בשאלה והוא דראובן זה שלקח הניי' מכרו ללוי ולוי הנו' רצה ליתנו למלוה שלו לפרעון חובו וטוען לוי דלא רצה המלוה לקבלו ממנו באמרו שהו' מזויי' והחזירו לוי לראובן בטענת מזויי' ונתאל בא ראובן להחזירו לשמעון מהאי טעמ' דמזויי' הוא א"כ מאי טעין שמעון לראובן איני מאמין ללוי שמא החליפו באחר ונמצ' דאת נופך לא בריר' לך אם נייר הלו הוא מה שמכרתי לך ואין כאן טענת ברי מתובע והגם דמהרשד"ם שם סי' פ' עלה ונסתפק בהאי דינ' מ"מ הרי למסקנ' דמילת' עלתה הסכמתו דמאחר דמקבל המעות לא יוכל לטעון טענת ודאי שהרי כיון שמסר המעו' לאחר מי ימר' לו שאותו האח' לא החליפם ועם שהו' מאמינו מ"מ אינו יכול לטעון על דבר שנעלם מעיניו ואין בו סימן כי הוא זה ואחר שאינו יכול לטעון ודאי אין הנותן חייב שבוע' דאין נשבעים ע"ט שמא עכ"ל והבי' דבריו הרב כנה"ג שם סימן ע"ה אות ל"ג בלתי חולק הנלע"ד כתבתי נאום הצעיר

אליעזר

די טולידו

ס"ט

סימן צ

שאלה ראובן דוה ימים נקטיה בלבי' שנאה גמורה עם אשתו והיה הוא רוצ' לגרשה וזה לעומת זה דהאשה היתה לה אהבה וחיב' גדולה עם בעלה ראובן ואחר זמן דלא יכלה עוד האשה לשבת עם בעלה מרוב השנאה הלכה לבית אביה ותבעה מזונות וכל מידי דמכסה ומלבוש וגדל' שלהב' המריבה בין האשה ובעלה עד שנכנסו ביניהם אנשים הטובים אנשי מדע לתווך השלום ביניהם באופ"נ דהיינו בתנאי דאם יעלה ברצון בעלה לגרשה בסוף שנה תמימה מחוייבת האשה לקבל גיטה מיד בעלה בלתי שום איחור ועיכוב כלל וזה שכרה סך מה ואם תתאלמן בתוך השנה אינה יכולה לבא בטענה דרוצה לשבת על כבוד בעלה אלא תיטול ס"מ מיורשי בעלה גם לא תוכל לתבוע שום מעות ושאר תביעו' דמחייב דבעל וע"ז נתקשרו ביניהם בקשר אמי' וחזק האשה ובעלה ואחר ימים מועטים יען דהבעל אכתי לא נח רוגזיה מהשנאה מה עשה חזר בו מהחיוב דלאחר מיתה וצוה לעדים שלא יכתבו את השטר בשתי החיובים הנז' אלא החיוב דמחיים הנז' ולא היו ימי' מועטים ונח נפשיה דראובן וקודם פטירתו הדיר את אשתו בקונם מנכסיו וגם נדה והחרים את אשתו אם תהנה מנכסיו ויהי כשמוע האלמנה דחזר בו בעלה וגם דהדיר אותה מנכסיו וגם דנדה והחרים

ואחרים אותה לעקה הנערה דהיא רכה בשנים על רוע מולה דלא די דכמה הרפתקי דעדו עלה בעודו בחיים הבעל אלא עוד רעה חולה דעד כמה גדלה שנאת בעלה דאף דאינו בחיים עוד רביץ עליה השנאה עמה ומה עשיתי לו וכי בנות ישראל הפקר הן דאין דורש ואין מנחם לה לעשות משפט כתוב כל אלמנה לא תענון בדינה והיא הולכת אנה ואנה לדפוק על דלתי שערי הדיינים היושבים על כסא ההוראה לשפוט יתום וריב אלמנה ולהורות את בני ישראל את דבר המשפט דמה פשעה ומה חטאת' דאינם משגיחים עליה כדת משה וישראל ויורו המורים מה תורת הדין נותן ושכמ"ה

תשובה הניתי אל לבי מכל אשר לפני מעסק עניינים אחרים להשיב לשואלי דבר ושעיפי ישיבוני כי כל המהדיר אחר זכות הנער' הזאת עם אלהים הוא עושה ולא מזיגנא רישא כו' עד דמהפכנא בזכותה כרים כל מראין רואה אני טענת האלמנה חלדק בדברה הגם דאבא בקיצור נמרץ כחות' על הגחלים וזה החלי הנה מאי דפשיט ליה להש' הס' ר' מ"ך דכיון דמתא בשה די שלא יכתבו את השטר ממילא מתבטל החיוב מעיקרא מאחר דלא מטא שטר' לידם

הנה לפום ריהטא נר' דלא כיון אל האמת דהא סוג' מפורשת היא בפ' הספינה דע"ו ע"א אמר רב שני שטרות הם זכו בשדה זו לפ' וכתבו לו את השטר הוזר בשטר ואינו חוזר בשדה ופי' שם הראשונים ז"ל דמתי שליחות לוה בנותן לעדים לתועלת המ"מ שאחד דיזכו בשדה ע"י ק"ס לפלוני והשני דיכתבו לו שטר ועל שליחות הזכיה דזכו העדי' בעד ובשם המקבל מתנה אין כל הרוחות שבעולם מזיזין אותו זכות מן המקבל דכבר זכו העדי' בעדו ועשו שליחותם ברם בשליחות השני דהוא כתיב' השטר דעדיין לא עשו שליחותם א"כ חוזר הנותן והרואה ירשנ"ס שם והרא"ש דהקשו דמאחר דס"ק לכתיבה עומד כמ"ש בפ' חזקת ד"ת קנין בפני ב' אין צריך לומר כתובו ומכרם טעמ' בגמ' דכיון דס"ק לכתי' עומד לא צריך לאמלוכי ביה וא"כ אמאי מצי להזו' בו מכתי' השטר ולזה תי' דה"מ נסתמ' כל כמה דלא חזינן דחזר בו אבל היכי דמת' בשהדי דלא יכתבו לא כתבי בע"כ עכ"ד הנה מבואר מדבריהם דהאי טעמ' דהס קנין לכתיב' עומ' לאו לטיבות' ועדיפות' של הנותן הוא כי היכי דנימ' דכל כמה דלא מטא שטר' לידו של המקבל מתנה זכייתו תלויה ועומדת אלא לטיבות' של המקבל מתנה הוא דאינם צריכים העדים לאמלוכי ביה אם יכתבו שטר או לא אלא ברשות נתונה בידם של העדים לכתוב לו שטר אלא דאף קדם הנותן קודם כתיבת השטר ומח' בהם מחאתו מהאה בגוף הכתיבה עצמה האמנם הזכיה עצמה דקנו העדים בק"ס במקומה עומדת דהאי לחודיה קאי והאי לחודיה קאי •

והראה יראה דנ"ד עדים' מגווג' דתלמודא דבנ"ד לא ביט' בשפתיו בשעת היונו לאשתו שום רמז לא מינה כו' בכתיבה השטר וכגוונא דתלמו' דהים אפ' לכדר דלא כיון להקנו' באומרו זכו בשדה אלא בכתיבת השטר ואפ"ה פשיט' ליה לתלמו'

דלא היא אלא שתי שליחות הם ואין שליחו' הכתיב' מגרעת שליחות הזכיה דזכו העדים בק"ס בעד המקבל כ"ש וק"ו בגוונ' דנ"ד דלא ביט' בפיו ובשפתיו הבעל שום רמז כלל בכתיבת השטר אלא דהעדים סברי בדעתיהו לבא במכתב שהודותייהו מכח הכלל דס"ק כו'

באופן דראיה זו שכתבנו משוגי' דפ' הספי' היא ראיה כראי מולק ועדיפ' נ"ל וכאמור וכתה האשה הזאת באותו סך דנתחייב הבע' לאהר מיחס ואין כאן נדרים ואין כאן הרמים דכא מדינ' זכתה וכבר ניהר הבעל עלמו בפיו ובשפתיו זולת ע"פ נ"ד וכי תימא הרי כתב הרב המנמק"י שם בסוגיין דפ' הספינה וז"ל וא"ת היכי אמרינן דאינו חוזר בשדה הא קי"ל דבמקום שכותבין את השטר לא קנה כו' א"נ ההי' בכס' אבל היכא מיירי בחזקה וכיון דההזיקו בחזקה גמר ומקנה

הרי דאסבר' לן הרב המנמק"י דמאי דלא דייקינן דקפיד אשטר' הוא מטעמ' דעשה מעשה דהחזיקו בשדה דאיכ' הוכחה גדולה דגמר להקנות וא"כ ממיל' אודא לן הקו' הנו' וכיון דבאנו לידי מידה זו אפשר לצדד ולומר דמעיקרא דדינא אין ראיה מסוגייא הלזו לנ"ד דדילמא רב המרחק ביניהם ולא ראי זה כו' ואיכא למימר דמאחר דס"ק לכתיבה עומד כו' משמע להו לאינשי דתליא הזכי' בכתיבת השטר ולא גמר להקנות אלא בשטר וכל כמה דלא מטא שטר' לידיה איתיה בחזרה של גוף המתנה

אבל אחר העיון נראה דהא לית' דאין כוונת הרב המנמק"י למעוטי ק"ס ודוקא חזקה דהא רש"י בסוגיין דפ' חזקת ד"ת דאמרו קנין בפני ב' כו' כתב וז"ל דכיון דמקני ליה בק"ס ומתכר להקנותו מיד ואינו משהא זכייתו עד שילך וימשוך במטל"ט או ילך ויחזיק בקרקע מתכוין הוא להקנותו בעין יפה בהקנאת הדבר בק"ס מקנין חזקה א"כ סוגיין דפ' הספינה דזכו בשדה כו' לפי ש' רש"י הלזו ל"מ בק"ס דאיכא הוכחה דכוונתו להקנות בעין יפה מדמתכר לקנותו בק"ס דודאי לא מצי לחזור אלא אפי' קנין חזקה דליכא מהירות בקנין השדה למקבל עד שיחזיק דליכא הוכחה דבעין יפה מתכוין לא מצי לחזור דהגם דליכא האי הוכחה מ"מ הא איכא הוכחה אחריתי דההזיקו בקרקע ממש וא"כ גם לדברי הרב המנמק"י איכא לפרושינהו כדברי רש"י ולא בא הרב המנמק"י למעוטי ק"ס אלא קנין כסף

והגם דהרב המנמק"י בסוגיא דפ' חזקת כת' וז"ל וטעמא כו' דכיון דלא המתין עד שימשו' המטל"ט והקנה בק"ס ודאי דגמר ומקנ' שיע"ש והשמי' החלוקה דקרקע דכתב רש"י וא"כ יאמר האומ' דפליג הרב המנמק"י על ש' רש"י וס"ל להרב המנמק"י בחזקה עדיפ' מק"ס דההזיקו בקרקע עלמו ע"י העדי' הרות' יראה דהא לא מכרעא לאפושי פלוגתא בין רש"י ובין הרב המנמק"י דמאחר דכבר אסברא לן הרב המנמק"י לענין קניית מטלטלין דאיכא גמר דעת להקנו' במהירו' הקנין היכא דהוי ק"ס ולא המתין עד שימשוך ה"ה והוא הטעם לקנין חזקה היכא דהקנה לו הק"ק בק"ס ולא המתין עד שילך ויחזיק

ומפתייצ

ומסתייעא הדין פירושא בדברי הר' הנמקי דהא הריטב"א בחי' לקידושין פ"ק לכ"ו ע"א הביא הסוגייא הלזו דזכו בשדה וכתב וז"ל ואינו הוזר בשלה דכבר זכו לו ואע"פ דלא נכתב השטר קנה ואפי' במקום שכותבין את השטר כיון דמתנה היא וכן הדין בשקנו מידו יעו"ש נאם אתה אומר דכונת הנמק"י הוא דוקא בקנין חוקה אבל בק"ס הוזר ואפי' בשדה א"כ פליג על הריטב"א וכבר ידוע דאורחיה של הנמק"י להביא דברי הריטב"א בכמה מקומות הלא ודאי הוא כדפרישנא דברי הנמקי דכונתו הוא למעוטי קנין כסף כו' וע' במאי דהסף וקבץ הכנ"הג סי' קנ"ה הגב"י אות מ"נ לענין ק"ס ודוק

ואיברא דלכאורה עדיין לא יצאנו י"ח מש' הרמב"ן שם בהי' לקי' והביא דבריו הר"ן שם וז"ל והיכא דקנה בחזקה במקום שכותבין את השטר כתב ר' שמואל דקנה דאלימא קנין חזקה אבל הרמב"ן כתב דמסתברא דכי אמרי' ל"ש אלא כו' הכולא מתני' קאי כו' יעו"ש הרי מפו' יוצא דפשיט ליה להרמב"ן דמקלש קליש קנין חזקה וא"כ נימא נמי דה"ה ק"ס דנהדא מהתא איתנהו הא לא מכרע' דאיכא למימר דק"ס עדיפ' ליה להרמב"ן מקנין חזקה וכמו דאסברה לן רש"י דאיכא עין יפה וגמר דעת בהקנאת הדבר בק"ס יותר מקנין חזקה וכאמור ולפו' ריהטא יש להוכיח האי סברא דהא כל חליה של הרמב"ן הוא מכח מתני' דהוזכרה שם חזקה ועלה קאי ל"ש אלא כו' וא"כ ק"ס דלא הוזכרה במתניתין אימא' לך אנא דעדיפ' וכאשר דמיתי כן מצאתי בתשו' מהרימ"ט ה"ת סימן ס"ה ד"ה ומיהו כו' וז"ל וא"כ' למימר דהרמב"ן דפליג על רשב"ם בחזקה מודה ליה בק"ס דהא לא קשיא ליה להרמב"ן אלא דל"ש אלא כו' אכולא מתני' קאי והזקה הוזכרה במתני' אבל ק"ס לא הוזכר במתני' יעו"ש

באופן דסוגיא הלזו דפ' הספינה דזכו בשדה דינא הוי בין בק"ס ובין בקנין הזקה וכן פירש הרשב"ם ודעימיה ז"ל ומינה בנ"ד דנתחייב הבעל בק"ס כתחז"ל ועדיפא מגוונ' דתלמוד' דהגם דביטא בשפתיו המוכר והנותן בפיהם כתיבת השטר דהוה ס"ד למימר דלא גמר להקנות אלא בשט' עכ"ו מאהר דב' שליחיות הם הגם דבטיל שליחו' בתר' לא ביטל שליחות קמא וכ"ש וק"ו בגוונ' דנ"ד וכאמור

ואגב גררא עמדתי לפום ריהטא דלמודעי אני צריך דמה יענו ר"ח והרי"ף ז"ל דס"ל דבשטרי אקניית' בעינן מטא שטרא לידי' ולא קנה עד דמקבל השטר והא הכא דהנותן אף דחוזר בשטר מ"מ זכיית השדה במקומה עומדת הגם דלא מטא שטרא לידיה דמקבל מתנה

ועוד ע"ד לגלודי ולומר דר"ח והרי"ף מפרשי לה הסוגיא דפ' הספינה דזכו בשד' בקנין חזקה דוקא וכטעמא דכתב הרב הנמק"י דמאחר דהחזיקו בשדה עצמו ע"י ודאי דגמר להקנות הגם דהזכיר לסהדי דיכתבו את השטר לא אמרי' דכוונתו של הנותן להקפיד דלא יזכה המקבל עד דליתטי שטרא לידיה דמאחר דהחזיקו בשדה ממש אמרינן דכבר גמר להקנות בלהי כתיבת שטר ולא אמרוה ר"ח והרי"ף אלא דוקא דההקנאה היתה בק"ס

ואחר החפוש ראיתי להרב פ"מ ח"א סי' ס"ל דנשאל הרב ז"ל נר' דהקנה הבתים לש' ולא אמר להו לסהדי שום רמז בכתיבת השטר לידל הרב ז"ל בד' קנ"ב ע"א ד"ה אך כו' דלסברת ר"ח והרי"ף מאחר דלא מטא שטרא לידיה דשמעון לא קנה ובע"ב כתב הרב ז"ל וני יעלה על הדעת דמי שיהל' לקנו' בק"ס בלא שטר דלא יועיל כו' וסברתם של ר"ח והרי"ף הוא דקנו בק"ס וכתב הנותן שטר אז הוא דאיכא למימר דלא גמר להקנות אלא בשטר אבל היכ' דקנו מיניה בק"ס ולא כתב לו שטר בהא ליכא מאן דפליג דק"ס מהניא לבד וא"כ בנ"ד נמי שלא אמר הנותןכתבו את השטר אלא דהעדים בעצמם בראותם שקנו מיניה דנותן כתבו את השטר כדין ס"ק כו' יעו"ש ומינ' ילפי' בנ"ד דלא הוכיר הבעל שום רמז בכתיבת השט' וכתב מאשם ולא שייך בנ"ד פלוגתא של ר"ח והרי"ף וסיעתייהו וכמו דאסברא לן הרב פ"מ

אכא דיש לעיין על רוחב בינתו של הרב פ"מ ז"ל דמאחר דקא עסיק הרב ז"ל בסברת ר"ח והרי"ף ואייתי בידיה דס' ר"ח והרי"ף לא נאמר אלא היכא דהנותן כתב שטר או דא"ל לסהדי כתובו דאז ס"ל לר"ח והרי"ף דלא גמר להקנות אלא בשטר למדמינן הא מילת' לסיפא דזכו בשדה ע"מ שתכתבו לו השטר כו' וא"כ אמאי ניחא ליה להרב לסבר' ר"ח והרי"ף רישא זכו בשדה וכתבו לו את השטר דאינו חוזר בשלם דאמאי הרי הנותן א"ל לסהדי כתבו לו השטר ולמודעי אני צריך להבין כוונת הרב פ"מ בזה ואין לי פנאי להעמיק בענין א"ב כן בקודש חזיתים לסרב ב"ד ז"ל בתשו' אה"ע סימן מ"ח דע"ל סוף ע"ב וריש ע"ד דתמה על הרב פ"מ בזה יעו"ש ויעויין להר' בני דוד הל' גזילה דע"ב ע"ג ד"ה עוד כו' דעמל הרב על ס' ר"ח והרי"ף מסוגיא הלזו דזכו בשד' כו' באופן די"ם ר"ח והרי"ף לא אמרוה היכא דהקנין היה בחזקה דאלימא דהחזיקו בגוף הקרקע ממש ועו' בה דהיכא דבשעת הק"ס לא ביטא בפיו הנותן שום רמז של כתיבת השטר הגם דהעדים הנם כתבו מדעתם שטר מכח ככלל ס"ק כו' לא בשביל זה גרע כח המקבל ונאמר דלא קני עד דמטי שטרא לידיה דמי יעלה על הדעת שלא יועיל וכמ"ש הרב פ"מ

ועוד נר' דאיכ' טעמא אחרינ' דנ"ד דכל כה"ג דנ"ד לא אמרי' ס"ק לכתיבה עומד כי היכי דנימא לא גמר להקנותו אלא בשטר וכיון דהבעל מנא נשבדי דלא יכתבו את השטר מתילא גטל

בטל החיוב מעיקרא דלא היא דבנ"ד לא נתברר לבא
בי דינ' מי הוא הזכאי ומי הוא החייב דאפשר דאמת
יבנא הכם של שאשה ועולם לא נמצא בשפתיה וכל
תביעותיה וטענותיה יכלכל דבריה במשפט ושקר ענה
בעלה א"כ הקולר תלוי על צוארו של הבעל בשאר
וכסות ואם לא תרצה לקבל גט פטר אותו ליטא אשה
על אשתו ע"י רשותה דנתנה לו עכשיו כפי טענתו
ועדיין אנחנ' בי דינ' לא נתוועדנו נועד אחד
לעשות משפט כתוב לראות מי הוא הזכאי ומי הוא
החייב ומה דלא נתברר האמת הוצרכו אנשים חשובי'
ויודעים לתווך השלום ביניהם בין איש לאשתו
ועשו דבר ביניהם באופן שבא בשאלה דנתחייבה
האשה בשתי החיובים הא' דהיא מחוייבת לקבל גטה
מיד בעלה בסוף שנה תמימה והחיוב השני הוא
דאם תתאלמן דאינה יכולה לתבוע מזונות וכסות
ומדור לפי כבוד בעלה כשאר בנות ישרא' אלא תיטול
ס"מ ותלך לבית אביה ולא תהיה אחיזה ותפיסה
וזכות בנכסי בעלה ושאשה לא נתפייסה לפטור את
בעלה מכל החיובים הנו' וגם פיטור מזונו' וכסו'
מהעבור אם לא דהבעל נמי נתחייב לה הסך
הנו' . וגם הבעל ברצות דנעשה
הכלו ורצונו דזהו תכלית כוונתו לגרשה בסוף השנה
וגם דפטר אותו מן תביעותיה מחיוב מזונות מהעבו'
וגם מזונות דלהבא נתחייב בק"ש לתת לה ס"מ בעבור
התועלת הנו' וגם האשה ענתה אמן בע"כ בעבור
התועלת דקבל מיד בעלה יותר מכתובתה באופן
דבההיא שנאה דקבלו תלד לצד בזו בקשר אמיץ
וחזק מכח הק"ש דנתקשר לחזק בגמר הפשרה וכגון
דא לא נאמר הא כללא ס"ק לכתיבה כו' ומילתא
כדנא הסברי' לן מהריק"ש בסי' ט"ל ס"ה שכתב וז"ל
קנו שנים מבעלי דינים לפשר ביניהם אין לקנינוה
דין שטר כו' דאין כונת הק"ש כ"א לחזק את הפשרה
יע"ש גם הרב עדות ביהוסף ה"א סי' ל"ו דע"א ע"ג
וע"ד הביא דבריו הרב ה"ש שם סי' ט"ל הגה"ט
הוא ה' כתב וז"ל דלא אמרו ס"ק כו' היכא דהק"ש
בא לחזק את הענין ואם כתבו שטר אין דין שטר
עליו אלא דין פנקס בעלמ' דקנין זה אינו עומד
לכתיבה יע"ש וסמיך עליה הרב ה"ש דברי מהריק"ש
הלז יע"ש

הרי דב' שרי לבאות ישראל הסכימו לדע' אחד
דכל דק"ש לא בא אלא לחזק גמר הענין
לא נאמר הא כללא ס"ק לכתי' עומד ואם כתבו
שטר דין פנקס בעלמא דיינינן ליה וכיון שכן בגוונא
דנ"ד דהק"ש לא בא אלא לחזק הדבר לא אמרו ס"ק
כו' וא"כ מאי דסמיך דעתיה ר' במחאתו בסהדי
דלא יכתבו שטר כדי שלא לימטי השטר בידה של
האשה מגן שפיר וכאמור

הכלל העולה מת"ש דאין לאחר קנין כלום
ואין הזרת הבעל מגנא ומצלא כלל
וכבר נכתב פתקא דבי דינא על פרט הלז הנלע"ד
כתבתי
הצעיר **אליעזר די טולידו**

סימן צא

יעני לחקור לענין ת"ח אי נתחייב שבועה
אי משביעינן ליה מטעם דאיכא זילו' שתו'
דכל זמן דלא נשבע אמרינן שקורי משקר עד שראינו
דנשבע משום חזקה דפרשי אינשי כו' ולא פרשי מס'
דממונ'

והנה מסוגיא דשבועות דמ"א ע"א דאמרינן
ואי צורבא מרבנן הוא לא משביעינן ליה
ולא מזדקקינן לדיניה ופרשי' משום דמחזי דחשדינן
ליה ולא לגבו' לו דהא מעין משתבע לי דל"פ יע"ש
ומשמע לפום ריהטא דטעמא משום
דבא לגבות הת"ח ולהוציא משכנגדו שא אילו הת"ח
היה בא ליפטר ושכנגדו בא להוציא ולגבות ממנו
שבקינן ליה לת"ח בלתי שבועה וכן משמע מריהוט
לשונם של הראשונים ז"ל דכתבו דאי תפיס משל הלוה
שבקינן ליה בידיה דת"ה בלתי שבועה יע"ש דמאחר
דאינו בא הת"ח לגבו' משכנגדו דהא מוחזק בידי' דת"ח
אלא אדרבה חברו בא להוציא מתחת ידו של הת"ח
לא משביעינן ליה לת"ח משום דאיכא חשדה ומינה
ילפינן לכאורה היכא דהת"ח הוא נתבע ונתחייב
שבועה בב"ד שבקינן ליה בלתי שבועה משום זילותא
אלא דקשיא לזה תשו' הרי"ף סי' ל"ג וז"ל ומה שאמרת
אם נתחייב ת"ח שבועה אינו נשבע וטוען שראה כן
בתשו' לגאון אחד דע דאין בעולם גאון שאומר דבר
זה וכל ת"ח שאינו מקבל עליו את הדין אינו ת"ח יע"ש

הנה רואה דהרי"ף לא חש לזילותא דאיכא
לת"ח ודברי הרי"ף הללו הביאם הרדב"ז
בחדשות סי' רי"א והביא לדברי הרדב"ז הר' בני אהרן
סי' ק' גם הר' למה לדק סי' כ"ד נשאל יב"ע ת"ח
מופלג בתורה ועושר רב והיו בני הקהל מרננים אחריו
שלא היה נותן מס כראוי לו ונפטר והשאיר סך ממון
רב והיו תובעים הקהל מן היורשי' שיפרעו מה שלא
נתן וכו' והשיב מאחר דכבר קדמה להם ידיעה לקהל
דהיה עשי' מופלג א"כ ידעי ומחלי וכבר שמו בידייהו
של השמאים להטיל לאותו ת"ח שבועה יע"ש רמזו הר'
מט"ש סי' ס"ג הגב"י אות כ"ר הרי דפשיטא ליה דאף
לת"ח לא מהימנינן ליה בלתי אשר יבטא בשפתיו

אלא דאחר העיון נראה דאלתקשיה ליה להרי"ף
מסוגיא הלזו דאיכא למילף מינה דאיכא
זילותא וחשדה לת"ח אי משביעינן ליה חסייעיה ממאי
דאמרינן שם ריש פרקין בהדיא דשבועת שדיינין
דמשביעינן ליה לת"ח מיושב ובתפלין משום כבודו
ופסקוהו כל הפוסקים יעויין סי' פ"ח סעט"ו אלא
ודאי ל"ל דלעו' היכ' דדינ' הוא כדי שיפטר אדשתביע'
חבירו גזרו הז"ל שישבע ויפטר ובלתי שבועה לא
מפטר אינש בתביעת חבירו יהיה מה שיהיה אופן
השבו' או שבוע' היסת או שבו' הדיינין או שבועה מודה
מקצת דבכל הני תלת אופני שבועות הללו לא חילקו
בה בין צורבא מרבנן לאינש דעלמ' שבועת היסת דרמו
הז"ל משום חזקה דאין אדם תובע אלא א"כ יש לו
עליו ובהך חזקה ליכא חילוק בין ת"ח לאינש אחרינא
וכן נמי שבועת המשנה בשבועת השותפין וחברותיה
משום

משום חזקה דאינש דמורי כיתירא והכי נמי שבועה דמודה מקצת משום קרא דכי הוא זה לא חילקה התורה בין צורבא מרבנן לאינו צורבא מרבנן המאמנם הכא דבת"ח בא להוציא ולגבות חובו בשביל דשבועות בדמ"א דחובע ממנו השתבע לי דלא פרעתיך ואם לאו איני פורע לך דלאו דינא הוא דגזרו אומר חז"ל דישבע המלוה בע"כ ויטול אלא שנתירם הוא ביד המלוה אם אינו רוצה לאבד ממונו ישבע ויטול ואם הוא חס על עצמו דאינו רוצה להוציא מפיו שבועה נמצא דהוא אינו חס על ממונו ברם בשבועה דליפטר דדינא הוא דהכי גזרו אומר חז"ל דצריך שבועה ליפטר מתביעת חבירו א"כ אין הפרש בין אינים דעלמא ובין צורבא מרבנן דלא ולא חדא היא וזה מדוקדק בדברי תשו' הרי"ף שכתב וז"ל דכל צורבא מרבנן דאינו מקבל עליו את הדין פו' דהיינו הדין דגזרו אומר חז"ל וע' תשו' הרשב"א ח"ג סי' פ"ב שכתב וז"ל דכל נ"מ דתובע ממונאם אתה משביעו אתה הושדו שמונע מה שאין לו יע"ש ותדלא נקיט לישנא קלילא דכל נ"מ דמשבעינן ליה נמצא דחשדינן ליה משמע דבא למעוטי היכא דהנ"מ בא ליפטר כסוגיין דר"פ שבועת הדיינין וע' להר' ט"ז שם סי' פ"ב שכתב דהא דלא משבעינן לת"ח היכא דתפס היינו שבוע' המשנה ברם אם אמר הפרעון חובעו הלוה משבעינן ליה היסת ונסתייע מסוגיא דסי' פ"ו סעט"ו

וכעת נזדמן לידי ס' כנסת יחזקאל ה"מ סי' נ"ס רימזו הר' מע"ש סי' פ"ב הגהט"ז או' ט"ו דהשיב על נדון דידיה דהיה ת"ח ונתחייב היסת ופשיט ליה דת"ח פטור מהיסת דלא תיקנו רבנן היסת גבי ת"ח וליתא הא דינא מסוגיא הלזו דשבועות הנז"ל דאמרינן והיא צורבא מרבנן הוא לא משבעינן ליה יע"ש ולפי מ"ש אין כאן לימוד לפטור לת"ח היכא דתובעין ממנו וכמו שהוכחתי מאותה דר"פ שבועת הדיינין וכאמור וכבר השיג עליו הרב מע"ש מתשו' הרי"ף ז"ל ולפום ריהטא משמע מתשו' הר' כנסת יחזקאל דלאו דוקא היסת דתיקורב נחמן אלא אף קודם תקנת ר"ן דינא הוא דלא משבעינן לת"ח דהא סמיך עלה מההיא דנ"מ דשבועות הנז"ל ועוד עלה ע"ד להלק ולומר דע"כ לא פטרו הז"ל לנ"מ משבועה היינו דוקא בדתפיס שטרא בידיה דאיכא גבי דת"ח חזקה אלימתא דשטרך בידי מאי בעי ואיכא השתא גדולה אי משבעינן ליה וכן הוא מדוקדק לשון הטור סי' פ"ב סעי"ם וז"ל היה המלוה ת"ח אין משביעין אותו שאין אנו חושדין אותו דמוציא שטר פרוע עכ"ל וכן הוא לשון הר' בעט"ת שער א"ך ח"א סוף סי' ג' ודוק באופן דהאי עדיפותא יתירתא דאית ליה לת"ח דלא חשדינן ליה להשביעו היינו בצירוף כתבא דרשים דאיכא בידיה שטר תקיף ואלים אבל היכא דליכא בידיה סיוע דשטרא אז אמרינן משפט אחד יהיה לכלם

ונפקא מינה בין הני תרי תירוצי נ"מ דמפיק שטרא מתותי ידיה ופגים ליה לשט' לתירוצא קמא מאחר דלא חיישינן חז"ל בע"כ שישבע ויטול אלא אם לא ירצה לישבע שמי בידיה א"כ דינו בתובע ת"ח ומוציא שטר מתחת ידו ואומר שהוא פגום כדין מוציא שטר שאינו פגום דלא משבעינן ליה לת"ח המאמנם לתירוצא בתרא דוקא

התם אמרו בתלמוד דלא מזדקקינן משום דמסייע ליה שטרא דאיכא חזקה אלימתא דשטרך בידי מ"ב אבל בת"ח דמוציא שטר ואומר דהוא פגום דמרע ליה לשטריה אזלא ליה חזקה דשטרך בידי וכו' דהא ריעא

סי' צב

על ענין שטר עסקא דכתיב ביה וז"ל ולא יהיה נאמן על קיום התנאים כ"א ע"פ עדים ואז יתחייב בעל המעות בהפסד ואחריות כו' והן עתה מת המתעסק ונפלו נכסי קמי יתמי ובא בעל המעות ותבע זכותו מינייהו דיתמי נראה לפום ריהטא דהגם דקי"ל דטענינן ליתמי טענת נאנסו להחזיק במה שבידם מ"מ היינו דוקא במידי דתלוי בטענה דבל דאבוהון היה נאמן בטענתו בלתי הבאת עדים אז טענינן ליתמי אותה טענה עצמה ברם במידי דתלוי וכיית אבוהון בהבאת עדים ולא מהימנינן ליה אכומיה אז לא טענינן להו ליתמי ומפקינן מינייהו דיתמי ושורש דבר זה הורה יולאה מאותה סוגיא דבת"א ד' נ"כ דאחד מן האחים שהיו אונות ושטרות יולאות ע"ש וכו' ואמר שמואל מודה לי אבא דאם מת על האחין להביא ראיה וכתבו רשב"ם והתו' שם דטעמא הוא מאחר דאינם יודעים להפס וכותם וגם השטר מוכיח שהיה ממון אביהם בא הוא דאמרינן על האחין להביא ראים וכ"כ שם הרא"ש וז"ל ואפי' דלא טענינן ליתמי מאי דלא מצי טעין אבוהון וכו' בהא מילתא טענינן ליתמי מאי דלא מצי אבוהון לטעון משום דכיון דע"ש יולאים מסתבר' לאוקומי בחזקתייהו אלא דבהייו מחמיר רב לבזקיקו להביא ראיה לפי שבידו להביא ראיה יע"ש וכ"כ הרמ"ה שם סי' ר"א וז"ל מהא שמעינן וכו' דלא טענינן ליתמי מילתא דלא יכיל אבוהון למטען אלא כל היכא דאי היה אבוהון קיים היה יכיל למטען הכי והוה מהימן בטענתו בלא ראיה כו' וכל היכא דאבוהון לא הוה יכיל למטען הכי אלא בראיה לדידהו נמי לא טענינן אלא בראיה ואפי' לאפוקי מנייהו יע"ש וכ"כ הריב"ש סי' קס"ט הביא לדבריו מרן ז"ל גם המרדכי שם פ' חזקת תריץ לה להך סוגיא דאונות ושטרות הכי דטעמ' דטענינן להו הוא משום הוכחה של השטרות הכתובים ע"ש וע' להרש"ך סי' ס"ב ס"ק י"ז והאבנ"ה דאיכא הוכחה כתב מהרי"ס הביא דבריו המרדכי מספרב שרירא גאון והרשב"ס דפסקו דלית הלכתא הכי אלא לא טענינן להו ליתמי מאחר דמורישן לא היה נאמן אלא בהבאת עדים יע"ש

ומעתה אחר שבררנו דהאי דינא דטענינן להו ליתמי לא הוי אלא היכא דמחלת אלי המנותים של אבוהון בטענה בלתי הבאת עדים אמנם היכא דאבוהון לא היה נאמן אם לא בהבאת עדים דוקא דלא נפיו אנו חיים אז לא טענינן להו מינה בהאי שטרא דעסקא דנ"ד ליתא הוי דמפקינן מיתמי כיון דלאו מפיו דאבוהון אנו חיים אם לא אפיתא דסהדי

וראיתי להר' הק"ל ח"נ ח"ז הנ"מ סי' ק"ז דנסתפק בהאי שטרא דעסקא כנ"ל וכתב וז"ל וכי תימא כי היכי דטענינן להו נאנסו טענינן

טענינ' להו נמי שקיים אביהם כל התנאים ושהיה לו עדים שקיים הא ליתא דהנו דלא להוסיף וכו' דאין לך השם רחוק מזה וכו' דאע"ג דמהרי"א ששון כתב דטענינן מידי דאין הדעת סובלתו אין דינו ברור אצלי וכו' ושוב נדפס ס' שו"ע וכ"כ בפשוט דלא טענינן שקיים את התנאים יע"ש · והרואה ירחם דהר' ז"ל לא שלט עינא דשפיר חזי בסוגיא הנז"ל שכתבנו דמשם נארי"ה הא' דינא דנדון הר' ז"ל ומה שהר' שו"ע תלה הדבר בסברא דלא טענינן שקיים התנאים בללו דאומדנא דמוכח הוא וכו' היינו דהתם לא היה כתוב בשטר העיסק׃ שלא יהא נאמן שקיים כל התנאים כ"א עפ"י עדים וכו' אלא הוה כתוב כנוסחי דידן דלא יהא נאמן אם לא בשבועה ולזה הוצרך הר' לתלות הדבר בסברא דלא טענינן מכח האומדנא אמנם היכא דהתנו דלא יהא נאמן אם לא בהבאת עדים בזה תורה יוצאה דלא טענינן מכח סוגיא דפ' חזקת הנז"ל ובסברת הר' שו"ע ראיתי שיש חולקים עליו יעויין להמע"ם סי'ק"ח הגה"ט"ו אות כ"ג דכתב וז"ל אבל כל אימת דלא הוברר שעבר על התנאי היה אביהם יכול לטעון נהנהו אף שקיים התנאי נגנבו משם ע"י מחילות וכו' או שהוגלו והפסיד או שאר מיני הפסדות דשכיחי אף בהיותם באבני גוית

עוד כתב הר' חק"ל שם וז"ל ובר מן דין הרי כתב הר"ן דהנותן מתנה לחברו בתנאי אי הוי התנאי בקום עשה על המקבל להביא ראיה שקי' תנאו וא"צ דעליו לברר הי"ם בנ"ד דבעל המעות וכו' על המתעסק לה"ר שקיים שהוא בא להוציא וכבר כידל מור"ם שגם הרמב"ן לא כתב שגם בתנאי בקום עשה נאמן דוקא בקדושין ולהומרא אבל בתנאי לממון אף הוא יודה ז"ל דעליו הראיה עכ"ל והנה הרואה יראה להר' פ"מ ה"ב סי' י"ד שכתב וז"ל ואף שדברי הר"ן להו מילתא פסיקתא הן לענ"ד וכו' אך להחולקים עלין בדין תנאי הגטין ומחלקים בין תנאי שהוא בידה לקיימו כו' עלין אין דינו של הר"ן מקובל בדעת ההולקים דלדידהו לס' כשהתנאי הוא בק"ע לכשהוא שב ואל תעשה וכיון שהדבר במחלוקת הוא שנוי בנ"ד היורש הוא המוחזק ע"כ הרי בהדיא דאין דינו של הר"ן מוסכם והכי מוכיחי דברי הר"ן שאחר שכתב והמחוור וכו' כתב ולפי זה הנותן וכו' כלומר דכפי שיטת כת הפוסקים דסברי דהכל תלוי במידי דבידה לקיימו ואף דהוי ק"ע על"ז היא נאמנת מינה בהאי דינא דמתנה אין חילוק בין ק"ע לשו"ת אלא בעינן דסמי בידיה דמקבל לקיים תנאו

גם אני מוכיח דלדברי הרמב"ן אין חילוק בין קדושין לממון ולאו מחומרא של אשת איש אתי עלה כמו שכידד מור"ם דהא הרשב"א בחי' לקדושין פ' האומר אחר שהביא דברי הרמב"ן כתב וז"ל וא"ת בע"מ שאדבר עליך לשלטון או שאלך למקום פ' אמאי מקודשת גמורה דהא הנז"ל מוכיח כו' יע"ש מוכח דלא קשיא ליה להרשב"א ע"ד הרמב"ן אלא מטעם אומרו שהיא מקודשת גמורה הא אילו היה מתורת חומרא דאשת איש ואילו פשטה ידה וקבלה קדושין מאחר צריכ'גט מזה ומזה לא היה קשיא ליה להרשב"א ואילו לדברי מור"ם דעתו של הרמב"ן הוא משום חומר' דאשת איש דוקא אבל בממון לא ואילו פשטה ידה וקבלה קדושין מאחר צריכה גט מזה ומזה אלא משמע דס' הרמב"ן היא בין בקדושין בין בממונא וא"כ לא מפקינן ממונא אף בתנאי דק"ע דמצו למימר קי"ל כהרמב"ן או ככת הפוס' דהביא הר"ן פ' מי שאחזו וכמ"ש הר' פ"מ ויעויין מ"ש ר' ירוחם ומ"ש האחרונים על דבריו בס' ל"ח בא"ה

עוד יש לגמגם ע"ד הר' חק"ל ע"פ ס' הרב כהונת עולם בהי' ליו"ד סי' קצ"ד דל"ג דביאר לן דטעמו של הר"ן הוא דבשב וא"ת על הנותן להביא ראיה משום דגדול כח המוחזק מאחר דתכף ומיד נהית לנכסי בחזקת שקיים תנאו דומיא דגט שמתירין אותה לינשא מיד בחזקת שתקיים תנאה לא כן במילתא דק"ע דבגט לא שבקינן לה להנשא מטעמא מאחר דהתנאי הוא מאותם דבעי קיום מעשה דילמא אינה יכולה לקיים תנאה מהאי טעמא נמי בממונא בתנאי דק"ע דאינו נאמן היינו משום דהוי"ל בא להוציא מהנותן דעדיין לא בא לידו וזהו נראה דעתו של הרב כהונת עולם כפי משמעות דבריו ומעתה בנדון הר' חק"ל דהמתעסק מוחזק ובעל המעו' בא להוצי' עליו לה"ר הגם דהמתעסק תנאו הוא בקיום מעשה והגם דמהרימ"ט לא ס"ל כפי' של הרב כהונת עולם וכמ"ש שם הרב כהונת עולם מ"מ מאחר דאנן בדידן באנו להוציא מידם של היתומים בהאי ס' הר"ן מצו למימר קי"ל כאילו היה אבוהון קיים

ועוד להרב חק"ל בחיו"ד ח"ב סי' ג'ומלק"ע ע"ג עד דקי"ו שהעמיק והרחיב בהך פרטא קחנו משם ודוק דצריך ימים ולילות לעמול בענין זה ולעמוד על אמיתתן ושורשם של הדברים

ואיך שיהיה הדרן לקמייתא למה דהוכחנו דלא טענינן ליתמי מידי דבעי אבוהון ראיה והכרחנו הדבר מסוגיא דפ' חזקת · ואחר החיפוש ראיתי להר' כנה"ג מ"ב סי'ק"ח הגב"ט אות ג' והביא תשו' הרשב"א דח"ב סי' דהאי דינא הויא פלוגתא בין הרשב"א ובר פלוגתיה דבר פלוג' סובר דאע"ג דהאב לא היה נאמן בלתי ראיה מ"מ ליתמי טענינן ודייק לה מהא דאמרינן דאם מת על האחין לה"ר והרשב"א שם פליג עליו דשאני הכא משום דהשטרו' מוכיחות יע"ש וראיתי למהרי"בל ח"ג סימן ל"ג דעמד בהאי כללא וכתב דיש ראיה דלא טענינן מסוגי' דפ' לא יחפור דמתברר משם דנזקין דקוטר' ובית הכס' לא טענינן ליורש וללוקח ואמאי דילמא היה מייתי המוכר או המורי' סהדי אלא ודאי דפשי' ליה לתלמוד' דבמידי דבעי אבוהון ראיה בעדים לא טענינן להו ליתמי וללקוחות יע"ש והגם דמצינו מחלוקת להראשונים ז"ל שם בתוס' דלדעת ר"ת הוא דאפי' הוה מייתי סהדי דמכר או נתן לא מהני ויכול לחזור בו מטעם דהוי קנין בטעות דסבור הוא דיכו' לסבול יע"ש בדברי הראשונים מ"מ ראיית הרב הוא לפי דעת הראשונים ז"ל החולקים על סברה אלו וסוברים דעידי מכירה מהני

וראיתי

וראיתי להרב מהרימ"ט בתשו' ח"א סימן ק"ח שהבי' דברי מהריב"ל הנז' וכתב שמהרש"ך כתב דדין זה הוא מחודש וצריך לעמוד עליו וכתב עליו הר' מהרימ"ט ז"ל ואני נורא'ו' נפלאתי וכי בזו פרשה אדם מעולם דודאי לא טענינן במידי דבעי אבוהון ראיה והבי' ראיה מהשי' דאונו' ושטרו' כו' דטעמא הוא משום דאיכ' הוכח' ע"ש והרב ז"ל שפיר קא מתמה על הרב מהרש"ך מסוגיא הלזו דאונו' ושטרות כפי פירושן של הראשונים כנז"ל דהא אנן בדידן שראה ראינו לבר פלוגתיה של הרשב"א דס"ל דאף במידי דבעי אבוהון ראיה עכ"ז אנן טענינן ליתמי ואדרבה איליה הוא מסוגי' הלזו ממימר' עצמה דשמואל דאמר דאם מת על השאין לב"ד אלא שהרשב"א שם כתב ע"ד הרב החולק דטעמ' הוי משו' הוכחה דשטר' דכתוב ע"ש וא"כ מאי מקשי ליה מהרימ"ט למהרש"ך מסוגי' הלזו וגם מאות' סוגי' דפ' לא יחפור הנז' דס"ל לבר פלוגתיה של הרשב"א דאין ראיה משם ולא מבעי' אי ס"ל כדעת ר"ת דאפילו היה מייתי שהדי דקנה בקנין גמו' לא הוה מהני דיכו' לחזור בו וכיון דלמיהדר קיימ' על הדמים עליה דמחזיק לב"ד אלא אפי' אם נאמר דס"ל כדעת ר"י ודעימיה עכ"ז אין ראיה דלא טענינן ליתמי בכה"ג דהכ' שאני דאין הדעת סובלתו דאדם מוכר ומקני להזיק את עצמו כנזקים הללו דהם מזיקין לגו' הא' כעשן וריח רע כנודע הגם דאי הוה מייתי המוכר או המורים ראיה דקנאו בקנין גמור והיו זוכים לכוס דינ' עכ"ז ליתמי לא טענינן בכי האי גוונ' ואפילו לדעת הסוברים דטענינן ליתמי טענה דלא שכיחא הכא מודה וגם וכאמור והגם שמהר"א ששון כ' דטענינן ליתמי אף מידי דאין הדע' סובלתו הבי' דבריו הר' בתבי"ב סימן ק"ח הגה"י אות ע"ו. כבר הלקו עליו יעויין להרב מנחת יו"ט והרב הק"ל סימן קכ"ו וכנז"ל

ומעתה יש לעמוד בתשו' מהריב"ל ה"ג סי' ל"ג הנז"ל על עיקר ראיתו דכתבנו דיסוד ראיתו הוא משברתם של הראשונים החולקים על ר"ת וכאמור ומה זו ראיה הרי מהריב"ל הוא ניהו תפס בפשיטות דלא טענינן ליתמי טענה דלא שכיח' וכמ"ש הרב כנה"ג שם א"כ הרי זו עדיפ' מינה דהוי מידי דאין הדעת סובלתו דאדם מקנ' ומוכ' זכותו לאחריני להבי' נזקים גדולים ורעים על עצמו ואנשי ביתו וכיון דתלינו לר"ת דס"ל דתלי לחזו' בו משום דהוי קנין בטעות דסבור היה דיכול לשנו' א"כ כדי שלא לאפושי פלוגת' בין הראשונים אמרינן דלא פליגי אלא בהא דוק' מטעם דסו"ם הרי איכ' עדים לפנינו מעידים ומגידים דזה מכר וזה לקח האמנם היכ' דליכ' סהדי לפנינו דמעידים דהיה שומכיר' כלל והסברה והשכל מחייבת הכי וכמ"ש הנה בכל כה"ג לא טענינן ליתמי

ובפי זה שכתבנו אוד' ליה חתיבת הרב שער המלך סוף הל' טוען דהצריך עיון על ה' הרב ב"ח דהילק בין יורש ללוקח דביורש לא טעני' ובלוקח טענינן דמה יענה לסוגי' הלזו דפ' לא יחפור יע"ש

הכלל העולה מכל מ"ש דבהאי כללי' אי טענינן ליתמי מידי דבעי אבוהון ראי' ועדי' הגם דתלינו דאיכ' מ"ד דטענינן מ"מ עלתה הסכמת ראשוני' והאחרו' ז"ל דלא טענינן יעויין למהר"ש גאון סימן ט"ל פ"מ ח"ב סימן ל"ו וע' מט"ש סימן קנ"ה הגה"ט אות ל"ד ובסימן ק"ח הגהט"ו אות ל"ח את זה ראיתי ליש' וליתן בענין זה הנלע"ד כתבתי הצעיר

אליעזר די טולידו

סימן צג

כבר נודע מחלו' מהר"י טייטאצאק ומהרד"ך אי במילת' דלא הוי משום גדר ושיי' אלא תקנה הוא שהתקינו לשום סיבה אי אמרינן דבכלל תקנתם תקנו נמי למילת' דלא שכיח כיון דטע' התקנ' שייך נמי אף בההוא מילת' דלא שכיח או לא דמהרי"ט ס"ל דלא"ש גדר לא"ש תקנה אמרינן במילתא דשכיח' תקנו במילת' דלא שכיח לא תקנו האמנם שכנגדו חלוק עליו הוא מהרד"ך וס"ל דלגבי תקנה לא נאמר כיון דשייך הטעם דבשבילו תיקנו ומהריב"ל ומהרש"ך ומהר"א ששון בסימן קמ"ז אזלי בשיטת מהרי"ט ז"ל כנודע

ועלה ע"ד לומר דמחלוקתם של גדולי אחרוני' הלזו הוא מחלוקת ראשונים בפ"ק דמציעא בההיא דשנים אדוקים בשטר דאמרו בגמ' דיחלוקו כדין ב' אוחזים בטלית וחלקו ע"ז הראשוני' ז"ל אי משבעינן להו בחלוקתם כדין ב' אוחזין בטלית או לא דרובם של הראשונים ס"ל כיון דטעמ' דרמו רבנן שבו' בטלית הוא משום שלא יהא כ"א ואחד הולך ותוקף כו' מהאי טעמ' גופיה אף בחלוקת שטר רמו רבנן שבועה אף דלא שכיח ודעת יש אומרים שהבי' שם ס"ל כיון דלא שכיח אזלינן למאי דאמרינן בעלמא מילת' דשכיח כו' אף דטעם התקנה שייך ביה יעויין להרב בעה"ת ובטור סימן ס"ה

אמנם איכ' למהדר ולמימר דאף היש אומרי' ס"ל כדעת הרד"ך וע"כ לא אמרו ז"ל האי דינ' אלא דוק' היכ' דעיקר התקנ' היא היתה על דבר דשכיח אבל היכ' דעיקר התקנ' היתה על דבר דשכיח ולא שכיח כמו מציאה בשטרות דהוי חרי לא שכיח לא תיקנו ולפי זה א"ש אלא מה שמעתי מקשים ומטו בה משמיה דגבר' רבה מהר"א פאלומבו ז"ל על כלל זה של הרד"ך מהאי' דאמרינן בהזהב דמ"ו ע"ב דאם החליף דמי שור בפר' אע"ג דמעות אינן קונות כיון דהוי מילת' דלא"ש לא גזרו והרי התם דלא הוי לא גדר לתורה ולא סייג עכ"ז אמרו מילת' דשכיח תיקנו כו' ע"כ שמעתי ולפי מ"ש אין כאן קושי' דכיון דכל טעם של התקנה שתיקנו הוא משום שלא יאמר נשרפו חטיך כו' וזה הוא השטה דלא"ש דדוק' בנתינ' דמים דרך מקח דשכיח תקנו בשומ' של מעות דלא שכיח לא חשו ללא שכיח וכעין מ"ש ולדעת מהרי"ט איכ' למימר נמי דאף דרובם של הא' ס"ל דמשבעי' להו לאו משום דס"ל נמי בעלמ' דאף במילת' דלא"ש תיקנו אלא הכא שאני כיון שהתקנה היתה לברורי האמת ולבוצי' דין אמת לאמיתו לא פלוג רבנן בהאי מילת' וראיתי

וראיתי להרב מש"ל ה רנ"א דף ע"ט שהקשה על כלל זה שלמהרד"ך מא' הרשב"א שכתב מרן סי' רל"ה דקטן פחות מבן כ' יכול למכור בנכסי אחר מורישיו דבמילתא דשכיח תקנו בנכסי אחר מורישיו דלא שכיח לא תיקנו הרי דאף נתקנה מאמר כזו כללי יע"ש ואני תמהני עליו נהרמי חדא דהא דמקשי ליה מסברתו של הרשב"א ה"ה ליסייעיה מרוב' דרבוות' דהלקו על הרשב"א ה"ה הרמב"ם והר' בעל העיטור והרמ"ה והטור והריב"ש כולהו ס"ל דהתקנה היתה אף בנכסי שאר מורישיו ואדרבה הריב"ש כתב דיחיד הוא בדבר הזה ויעויין בתשו' מהרפ"ך ה"א סי' קפ"ט שכתב שאין המוחזק יכול לומר קי"ל ואף דמהר"ם אלשיק"אר כתב דהרא"ה והריטב"א קיימי בשיטתו של הרשב"א וכמ"ש הכנה"ג הגב"י אות ל"ו ובהשו' ה"א סי' קנ"ב יע"ש מ"מ כ"ע מודים דרוב מנין ורוב בנין לא אזלי בשיטת הרשב"א ואם הר' יאמר דע"כ ל"פ הני רבוות' על הרשב"א אלא משום דס"ל דנכסי שאר מורישיו נמי שכיחי כשאר ירושת אביו

והיה אפשר להביא סיוע לזה דהא הרמ"ה דקאי בשיטת הרמב"ם כמ"ש בהי' וכמ"ש הטור עכ"ז כתב בהי' דבמתנה שנתנו לו אף אם יהיה בענין דלא טרח דליכא למימר אי לאו דעביד ניה נפשא לא היה נותן אפ"ה יכול למכור כיון דלא שכיח לא תיקנו רבנן יע"ש הרי דאף דס"ל דאינו יכול למכור בנכסי שאר מורישיו במתנה יכול משום דל"ש דוק מינה דטעמא דבנכסי שאר מורישיו אינו יכול הוא משום דס"ל דזה שכיח מקרי

הא לא איריא דדילמא לעולם אימא לך דס"ל דנכסי שאר מורישיו נמי לא שכיח הוא דלא פליגי במציאות עם הרשב"א אלא דאף דלא שכיח תיקנו והביא דמתנה שאני דע"כ לא אמרו דאף דלא שכיח תיקנו רבנן אלא דוקא היכא דכל דלא שכיח נמי הוי מעין לך השכיח מענין אחד כגון ירושה התם פליגי הראשונים ז"ל עם הרשב"א דכיון דטעמם שזה וענין אחד לא פלוג ואף דל"ש תיקנו אבל לומר דבכלל הקנאה ז"ל שהתקינו אף במילתא דל"ש תיקנו נמי אף ענין אחר דנ"ש דהוי שלא כענין זה לא אמרינן וא"כ הדרא קושיין לדוכתין

ועוד דאעיקרא כבר כתב הרד"ך עצמו בסוף תשו' לחלק מהביא דמופריק"ו דהוא לא אמרה אלא דוקא כדי שלא להוציא מיד המוחזק וכעין נ"ד אבל להחזיק אמרינן אף בתקנות מילתא דשכיח וכו' במילתא דל"ש לא תיקנו וכמ"ש מוהר"א ששון סי' קמ"ו וא"כ איפה מאי קשיא ליה לכר' מש"ל מתשו' הרשב"א הלזו דס"ל דבמילתא דלא שכיח לא תיקנו וקנה הלוקח ובחילוק זה שכתבנו מעתה לק"מ קושיית מורינו הר' מהר"א אלמושנו ז"ל מהביא דהוכב משום דכיון דע"י תקנתם הם גורמים שיהוייב לשלם מן הכלים כמ"ש הג"ונים ודלא כהר' בעל המזור א"כ ודאי דאמרינן דבמילתא דל"ש לא תיקנו והחילוק זה נמי מתיישב מאי דכמעתי מקשה למורי הרב נר"ו על כלל זה של מהרד"ך מהביא דאהובל ד' פ"ד ע"ב יע"ש ודוק את זה ראיתי ליישא וליהן בענין זה כנלע"ד כתבתי

הצעיר **אליעזר די טולידו** ס"ט

סי' צד

שאלה ראובן היה לו חזקת הסאלאנ"י ומטוב רצונו גמור בדעתו ליתנו לה במתנה והקנהו לו בקנין חזקה ואחר ימים נהפך לבו בקרבו ומכרם לאחר ונתעצמו ביניהם בטענה וראובן אומר שמן הדין יכול לחזור וע"ן יחדיו למשפט נקרבו

הנה מה שיש לעמוד במתנה הלזו הוא דלא העביר חזקת ידי"ק הסלאנ"י בפנקס הבאקו"ף וכיון שכן לא סמכה דעתיה המקבל מתנה ומאחר דהמקבל יכו' לחזור אף הנותן יכול לחזור וא"כ יפה שחזר הנותן ומכרה לאחר וזכה הלוקח במקחו וכי תימא דילמ' ע"כ לא אמרי' הכי אלא דוקא במכר דיהיב דמי ואמרי' דעתיה הלוקח דלא סמיך אם לא דנתרוקן זכותיה דמוכר בכל מה דאגיד גביה וכיון דאגיד שמיה דמוכר בפנקס הבאקו"ף ליגיה דלוקח עיי"ל ונפיק ולא סמיך משום דלא שדיה אגיס וזוי לא כן במקבל מתנה דליכא שייך האי טעמ' ואנן שהדי דבכל דהו ניחא ליה איכא למימר דסמיך וסמיך וגמר בדעתיה למקנייה הא לא מכרעה דהא מתברר מדברי הרשב"א בחי' שם בסוגיין דקידו' דבמתנ' דכתבי שטר' לא קנה עד שיכתוב את השטר הביא פלוגתא דרבוות' אי קנין חזק' בעינן שטר' או לא והכריע הרשב"א דהסבר' מכרעת דחזקה אלימא וז"ל ולכאורה הכי משמ' מההיא דהני שטרות דאמרי' וכו' בשדה זו לפ' וכתבו לו את השטר חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה דאלמא בחזקה לבד קנה ואפי' תמצא לומר דבמתנה קא איירי מ"מ שמעינן דשטר' לא מעכבא ומינה דבמכר נמי לא מעכב' לא שטר ולא כסף עכ"ל הרי בהדיא מכח דפשיט ליה דאף במתנה בעינן כתיבת שטר באחר' דכתביה מש"ה יליף ליה לדיניה דבקנין חזקה לא בעינן שטר והכי איכא למילף לפום ריהטא מליסנא דאחד מן הראשונים ז"ל בס' לנ"ש שם שלחה ראיית הרבא"ד ז"ל וז"ל אלא שזו אינה ראיה דבחזקה הו"ל תרתי לא בנו ל"ש במקום שאין כותבין ול"ש אלא במתנה והני תרתי לא הוה מצי כו' דאי בשטר מתנה מיירי תו לא שייך למימר ל"ש אלא במקו' שא"כ כו' יע"ש משמעו' דבריו נראה דבחלוק' החזקה האמורה במתני' הו"ל תרתי ל"ש דחזקה לבדה קנה בלי שטר הוא במקו' שא"כ ובמקו' שא"כ דקנה ל"ש אלא במתנה דוק' דליכא דמים מוכח דבמתנה פשיט ליה דבעינן שטר באחר' דכתביה ומש"כ והני תרתי לא הוה וכו' כונתו ז"ל דמאחר דחלוק' דשטר האמורה במתני' אוקמיה בגמר' דהיינו במתנה כיון דליכא דמים במה יקנה אם לא בשטר נמצא דבמתנה לא שייך למימר באחר' דכתביה וא"כ כד תני במתני' בחזק' דמהני הכונה היה ואי רצה הנותן לאקנויי ליה למקבל בלתי כתיבת השטר מקנייה ליה בחזק' וא"כ לא שייך למימר ל"ש במקום שאין כותבין דהא לא אפ' לומר במתנה דהא כתבי שטר' אלא היכא דלא רצה להקנות אלא בחזקה לא בעינן שטרא ומש"כ דאי בשטר מתנה מיירי הכונה משום דבגמ' איכא תרי שינויי דבמתני' איירי או במתנה או במכר והיינו מפני רעה והשא כתבו דלחלוק' דמתני' מיירי במתנה כו'

אלא

אלא הראיתי להכנה״ג סימן ק״ן סגה״ט אות ז״ך שכתב משם הרפ״מ ח״א סימן ס״ד דבמתנה לא בעינן שטר יע״ש והבנתי בדברי הרב פ״מ ז״ל דקנ״ג ע״א ראה ראיתי דמתחלה הכריח הדבר מסבר׳ דנפשיה מכח הלימוד דלמד מדברי הר׳ המגיד ז״ל הל׳ זכיה משם הר״ז״ל והרשב״א דשניא הזקה דבתר׳ מחזק׳ דקמ׳ דקמא דנחן דמים אנן סהדי דלס״ל עד דכתיב ליה שטרי אבל בתר׳ דאחזיק בלא זוזי דעתיה למקנייה בהאי חזקה ומינ׳ דבמתנה כיון דלא יהיב זוזי סמיך דעתיה למקנייה בלא שטר ושוב כתב דראה הדבר מפורש בדברי הריטב״א כו׳ יע״ש והנה הרואה יר׳ דלפי לימודו דיליף האי דינא דבמתנה לא בעינ׳ שטרא אף דבאחרי׳ דכתביה שטר׳ מדינא דכתב הרשב״א התם בהאי שלקח שדה מן הגוי כו׳ א״כ כפי האמור דברי הרשב״א סתראי נינהו אלא ודאי שניה ההיא דכתב הרשב״א דמהניא חזקה דבתר׳ דבכל דהו ניחא ליה למקבל מתנה דעלמא דליכא דעת אחר׳ מקנה דבשלמ׳ התם דאין כאן בעלים דהזוכה כבר החזיק כדינו ומאי טייר כתיב׳ השטר לא שייך דמהן יכתוב ליה בא ליכא בעלים דמהפקיר׳ קא וכי אמנם במקבל מתנה מחבריה דאיכ׳ דעת מקנה דהגם דהקנה לו כדינו מ״מ ס״ל להרשב״א דלא סמיך דעתיה אחר דהסרס ליה הכתיבה מכח הנותן

ועוד אף לדעת הרשב״א דס״ל דבמתנה בעי׳ שטר היינו דוק׳ היכ׳ דאקני ליה למ״מ בק״ס אמנם היכ׳ דאהזיק ליה בקרקע מודה הרשב״א ז״ל דלא בעינן שטר לא״ש מכר ולא״ש מתנה וכמ״ש שם הרשב״א בהדי׳ וא״כ ההיא דלוקח שדה מן הגוי דאתא בתר׳ ועשה חזקה כדינ׳ לא בעינן שטר וקמא הגם דהוא החזיק מקודם ולדברי הרשב״א לא בעינן שטר מ״מ כיון דהתם גויים אנסים הם וכמו שמסיים הרשב״א ז״ל לא סמיך דעתיה מאחר דהוא כבר נתן את הדמים

ואף שיהיה הגם שדחינו סבר׳ ה׳ פ״מ ז״ל מ״מ אייתי בידיה דברי הריטב״א המפורשים דבמתנה ל״ב שטר והכריח הדבר מאותה סוגי׳ עצמה דשני שטרות דאוקים לה הריטב״א ז״ל במתנה משום דהריטב״א ס״ל דלא אלים כלל מילת׳ דחזקה וכמו שהאריך שם מטו״ס לא אשכח לה פתרי למימר אם לא דבמתנה ל״ב שטר אף באחרי׳ דכתבי שטר׳ נמלא דהאי דינ׳ במחלוקת הוא שנוי דהרשב״א ס״ל דאף במתנה בעינן שטר ובלא שטר לא סמיך דעתיה ודעת החולק הוא הריטב״א וס״ל דמאחר דמתנה הוא ולא יהי׳ דמי בכל דהו ניחא ליה והפ״מ סמיך עליה דהריטב״א משום דלא שליט ביה עינ׳ בדברי הרשב״א ולכאורה תמהני על דברי הרב פ״מ מה״ש בה״ב סי׳ פ״א דקנ״ו ע״א וז״ל כיון דבשעת הקנין נעשה ע״ש לוי אפשר דלזכות את הקרקע לגוי נתכוון ר׳ ואע״ג דלא מט׳ שטר׳ ושב׳ ר״ח והרי״ף כו׳ כבר נדחית סבר׳ זו יע״ש דכפי מה שהשרים לנו מכח דהכי קים ליה מסבר׳ דנפשיה דבמתנה ל״ב כתיבת שטר כלל א״כ מאי דוחקיה בנ״ד דכיון דר׳ הכתיבו ע״ש לוי נמלא דלמתנה איכוון וכיון שכן הא במתנה לא בעינן שטר ודברי ר״ח והרי״ף המורים במכר דבמתנה דלא יהיב דמי איכא סברא אלימתא דבכל דהו ניח׳ ליה • ושו״ר דכבר קדמוני בזה הרב מהר״א רוזאניס הובאו דבריו בדברי הרב מש״ל פ״א ממכירה ה״ד דהביא הרב פ״מ מח״ב הנז׳ וכתב עליו כו׳ וז״ל ולא אפליגו אלא גבי מכר וכן קבלתי מרבותי ז״ל גבי הסיא דאמרי׳ בקידושין דבמקום שטר כו׳ דדוקא איירי תלמודא במכר אבל במ״ת דלא יהיב זוזי ס״ל בכל דהו וזהו מ״ש מפיהם ומהם יש ללמוד בכאן עכ״ל ועליפ׳ הו״ל לאקשויי מדבריו שבח״א וכאמור והרב מש״ל אייתי בידיה דברי הראשונים אשר שניאם הרב המגיד ז״ל מתברר דאף במתנה לדעת ר״ח והרי״ף בעי׳ מטא שטר׳ כו׳ יע״ש

ואני תמיה ברואי דברי הרשב״א שהבי׳ ה״ה ז״ל שכתב וז״ל ודע שדעת הרמב״ן ז״ל והרשב״א שאם היה ק״ס יהזיר למקבל דכיון שקנו מידו משע׳ הק׳ וכיה אע״ג דלא מטא שטר׳ לידים ולא כדברי ר״ח והרי״ף כו׳ וכן הדין בשטרי מקח ע״כ דבמה אנן קיימין אי במקום שכותבין שט׳ מאי טעמ׳ דהרשב״א הא איהו ס״ל דבמתנ׳ דאקניהו ליה בק״ס בעי׳ שטר ואי לא ס״ד ומאי דסיים נמי וכן הדין בשטרי מקח כו׳ דהכי מבני באחר׳ דכתביה ואי איירי באחר׳ דלא כתביה א״כ מאי טעמיה של ר״ח והרי״ף דסברי דלא קנה הא סמיך דעתיה כיון דלא נהיגי למכתב שטר

אמנם ראיתי למורינו הרב בס׳ יד המלך שם ה׳ מכירה שהק׳ דברי הר׳ פ״מ בקושיין ותריץ לה הרב ז״ל דהא אסבר׳ לן הר׳ פ״מ שם בח״א דע״כ לא אמרוה ר״ח והרי״ף דבעי׳ מטא שטר׳ דוקא היכ׳ דליוה הנותן שיכתבו שטר או דאיכ׳ שטר דקפיד נותן שלא יקנה אלא בשטר כו׳ אבל היכא דליכ׳ שטר אלינ׳ דכ״ע קנה בלא שטר כו׳ יע״ש ומעתה דברי הרמב״ן והרשב״א שהביא הרב המגיד ז״ל אינן אלא באחר׳ דלא כתביה אלא כיון שהנותן כתב ס״ל לר״ח והרי״ף מאחר דאיכ׳ שטר במתנה אמרי׳ לא גמר כו׳ והרשב״א פליג כיון דקיימי׳ באחר׳ דלא כתביה ואיכא סמיכות דעת בין לוק׳ ובין מ״מ תו ל״ה דילמ׳ שמא לא גמר להקנות אלא בשטר באופן דבכאלו׳ הרשב״א והריטב״א אי במתנה בעי׳ שטר אף במקום שכותבין גדולי האחרונים קיימי׳ בשיטת הריטב״א דלא בעי׳ הרב פ״מ ורבותיו של הר׳ מהר״א רוזאנים והרב דבר משה ח״ב סי׳ ע״ז דפ״ג ע״ד ודפ״ה ע״ב רמוז הר׳ מט״ס סי׳ ק״ל הג״הט אות ח״י והרב ב״ד סי׳ ק״ד הביא דברי הריטב״א וכתב עלה ולכאורה נר׳ דאין לסמוך ע״ז מדלא הביאוהו שאר הפוס׳ נר׳ דלא ס״ל הכי אמנם סיים לן תשו׳ הרב לה״ר דהביא דברי הריטב״א יע״ש ודין גרמ׳ להו לגדולים דלא שלט׳ בהו דברי הרשב״א ברם אנן בדידן דאיתיה בעיניה דברי הרשב״א ז״ל דהולקין ע״ד הריטב״א לענין מעשה לריך כתיבת השטר אמרי׳ דלא ס״ד המ״מ אם לא בכתיבת השטר ומינה

ומינה לכאורה נ"ל דחזר הנותן ומכרה לאחר והוא מוחזק בה מוקמינן ליה

ברם נראה דלפי מש"כ דאף הרטב"א לא אמר' דאף במתנה בעינן שטר היינו דוקא היכי דאקנייה למ"ת בק"ס אמנם היכא דאקנייה ניהליה בחזקה או לא בעינן כתיבת השטר אפי' במכר וא"כ נ"ל דאקנייה למ"ת בקנין חזקה כל אפייא שוין וליכא שום פלוגתא כלל אבל ראיתי להרב כנה"ג ח"מ בתשו' ח"ב סימן מ"ח דנדון דידיה מתנה דלא כתב לו שטר השיב הרב ז"ל הגם דמה שהקנהו הנותן למקבל היה ורוב הפוסקים סברי דבחזקה לא בעינן שטר מ"מ מאחר דהרמב"ן והריטב"א והר"ן ס"ל דבאתר דכתיבי שטר' אף דקנה בקנין חזקה לא קנה וכיון דאיכ' פלוגת' כו' גם בנדון שלנו אם לא הקנה למקבל אלא בחזק' נ"ק דאוקי ארע' בחזקת מ"ק יע"ש הרי דפשי' ליה להרב כנה"ג דבאת' דכתבים שטרא אף בחזקה לא קנה המ"ת דהא נדון דידיה היה מתנה אלא דהיכ' לאתמוהי עליו דאיך העלים מיניה דנור דברי הריטב"א הנאמרים שם בפני' וכבר שלט בו עינו עין הבדולח דברי הריטב"א וכמו שהביא דבריו שם לענין חזקה

סימן צה

בשאלתי על ראובן דהשכיר לש' חנות לזמן ג' שנים בקנין ובתוך זמן ג' שנים הנז' חלה השוכר פניו של משכיר שישכיר לו חנו' הנז' לזמן ג' שנים אחרים בכלות זמן הראשון וזימן השוכר עדים על זה והודה לו המשכיר שידו' בחנות הנז' עוד ג' שנים חוץ מהג' שנים הראשונים ולא היה שום קנין בדבר אלא דיבור בלבד ׃

תשובה הנה מה שיש לצדד הוא הגם דלא שום הנא אמירה של קנין דלא א"ל לך חזק כו' מ"מ דירת השוכר דקאי בגווה חשיבה קני' מעליא ולא בעינן לא אמירה ולא קניה מחדש או נא' דלא מעלה ולא מוריד מאי דקאי בגווה להיותה חשיבה כדירה במקום קניה הנה ראיתי להרדב"ז ח"א סי' קכ"ב דנשאל מעין זה והשיב בפשיטו' דדירת השוכר לא חשיבה קניה אמנם כתב אח"ך וז"ל וא"ת דקי"ל דשכירות נקנה בכסף כו' וכיון דבשעה ששכר קנה באחד מדרכי הקנין למה לא יועיל חזקתו הראשונה לקנות עתה כיון דעדין לא נשלם זמן השכירות וי"ל כיון דנתרצו שניהם זה למכור וזה לקנות נתבטל השכירות וממילא נתבטלה החזקה הראשונה וצריך קנין חדש עכ"ל מתברר מדבריו דבשכירות כנ"ד דליכא למימר נתבטלה החזק' הראשו' דבשלמא בלקוח שייך למימר נתבטלה דזה הינו רוצה בשכירות הקדום דהרי יש לו עכשיו כח ועדיפות יותר שהיא קנויה לו לגמרי אף הגוף ונתרוקן המוכר לגמרי בלתי שיור ברם היכ' דהוסיף ליה על השכירו' כנ"ד דהרי לא אפשר ליה למיהדר משכירות הקדום דהא צריך ליה לשוכר למידר בה עד קביעות זמן הראשון ושוב יתחיל הזמן האחרון וא"כ לא צריך קנין חדש כלל דהא לא פקע חזקתו הראשונה ולא צריך שיאמר לו לך חזק וקנה ומהרא"ש סי' מ"ב דס"ד ע"ל כתב וז"ל עוד אני מסתפק דנר' דיש זכות למקבל מתנת הבנים שאלו שנתנה לו אביו כו' וא"כ שמא כיון דזה דר בבתים לא צריך שום קנין ע"כ הרי לך דמאי דפשיט' ליה להרדב"ז דדיר' לא חשיבה קנין ולא קנה השוכר דקאי בגווה ולא יעשה קנין חדש מהרא"ש מספקא ליה אלא דראיתי למהרא"ש סס"ז ר"ו דנסתפק דע"כ לא אמרו דבפני המוכר לא בעינן לך חזק כו' אלא למי שלא היה דר בקרקע בשכירות אבל מי שהיה דר בקרק' בשכירו' אי מהני החזקה בבנין וסתירה לפני המוכר אף דלא א"ל לך חזק דהסברה נותנת דלא יועיל הבנין והסתירה לפי שיאמר המוכר לא שכן דרך השוכרים וכעת צל"ע ע"כ מוכח מדבריו הללו דלעולם בלתי קנין פשיטא ליה דלא מהני דהדיר' לא חשיב' חזקה אלא דהספק הוא אי בעינן אמירה דוקא וזה הפך ממ"ש סימן מ"ב אלא דבתר דבעיא ליה הדר פשיט ליה וא"כ נקטינן דאזיל ומודה בשיטת הרדב"ז דדירת השוכר לא חשיב חזקה לקנות אלא שחלוקים בדינם דלדעת מהרא"ש אי איכא אמירה ואמר קנה אף בלבד הדרך השוכרים לעשות וחולק על הרדב"ז גם מדברי מהרא"ד סימן קל"ב דכ"ב ע"ב מוכח דס"ל דדירה שדר בו השוכר לא חשיב חזקה ואף אם סתר ובנה כיון דאיכא למתלי דכך אורחיה של שוכר למעב' כה"ג לא מהני בפני המוכר אם לא שיאמר לך כו' יע"ש וזהו כשיטת מהרא"ש גם מדברי מרן ב"י סימן קצ"ב סעי' ג' שכתב וז"ל ומתירו' ב' שכתבתי משם הרא"ש יש ללמוד במי שקנה בית דהיה דר בה לא קנה עד שינעול ויפתח ע"כ מוכח דלא די דדירת השוכר לא חשיב קנין אלא דמהמדינן בקנינו דלא סגי בנעילה למדנו מזה דכל גדולי האחרונים שוו' בזה דהדירה לא חשיב חזקה ואדרבה מגרעת כחו ׃

ומה שעומד לנגדינו הוא מש"כ למעל' למתבר' מדברי הרדב"ז דבתוספת השכירות דהיינו לזמן ארוך יותר לא צריך קנין מחדש אלא חזקתו הראשונה סגי בלתי אמירת לך חזק ולזה לא מצינו סתירה בבירור מדברי הרבנים הנז' החולקים על הרדב"ז וכפי זה לענין נדון דידן זכה השוכ' אף דלא עשה שום קנין ולא אמר ליה לך חזק ברם ראיתי לה' כנה"ג בתשו' סימן ק"מ ה"א שכתב וז"ל אם השוכר הראשון רוצה לשכרה מעתה לכשיכלה זמנו ונעל גדר ופר' לזכות בו אחר זמנו הראשון אי מהני או לא והשיב וז"ל ומאחר דראינו למרן דס"ל כו' ה"ה היכא דרוצה לזכות בשכירות בקנין חזקה לכשיכלה זמנו הראשון דקנה ולא. כמו שחשבו רבים ואמרו דהשוכר עצמו לא מהני יע"ש הרי בהדיא דמצינו מחלוקת בהיכא דהחזיק השוכר חזקה מעליא לשם שכירות השני דלדעת הר' כנה"ג הוא דאף דהקנין שעשה השוכר הוא קנין חזקה לשם שכירות השני מהני ושכנגדם חלוקים דדוקא בקנין כסף וחבירו זוכה ולא בקנין חזקה גם מהרי"ט ן' יעיש שם סימן קמ"ו דקע"ג ע"ב כתב דאם החזיק המשכיר ונעשה שלו לאותה שעה וחזר ואמר לשוכר עצמו שיחזור ויקנ' לזמן אחר קנה וקם לו הבית לזמן אחר אלא דהיכא דלא עשה כן יש להסתפק יע"ש ובסי' קמ"ב הנה נתברר

נתברר שאלתינו כפי מ"ש לדעת רבני האחרונים ז"ל כיון דלא עשה המוכר שום קנין לקנות אלא דנעל ופתח הנותו כדי למכור סחורותיו כדרך הסוחרים בלתי לשם קנין לא מהני ומה שדקדקנו לעיל מדברי הרדב"ז צריך למידחי ולמי' דה"ה והוא הטעם היכא דנתרצו שניהם המשכיר והשוכר להושי'על ומןהראשון דנתבטל חזקתו הראשונה ומעת'ומעכשיו זוכה בקרק' לזמן שכירות השני וכן נר' כן בדברי הרדב"ז ה"ל הכנ'הג שם סי'קמ"ג דהביא דברי הרדב"ז הנז'שיוע לדינו גם הבי' דברי מהרח"ש נראה ברור דכל שהמוכר או המשכיר כו' מהני החזקה יע"ש הנה מדהשוה דברי מהרח"ש לדברי הרדב'ז משמע דל"ש מכירה ול"ש שכירות מהני החזקה ובלתי קנין לא מהני כמ"ש סי' קמ"א הלא דה' מהרי"ט ן' יעיש חבריה לגויזים דלא מצינו למרן אלא דוקא למכירה דשייך ביטול החזקה כמ"ש שם סי'קמ"ב אבל בשכירו' לא מהני ואיך שיהיה דירת הבית דקאי בגווה לא הפיכה חזקה כלל אלא דמחלוקת בין גדולי האחרו' ז"ל הוא אי מהני חזקה דנעל גדר ופרץ או לא

וראיתי להר' מהנה אפרים ה' שכירו' סי' י"ג דנשאל על זה כנדון דידן ממש והבי'דברי הרדב"ז הנו' במוכר ביתו לשוכר הדר בה דכל שלא עשה מעשה הדר לא קנה וחלק עליו מדברי הריטב"א ז"ל ועוד הביא מדברי התוספות דמשמע מדבריהם דאפי'שאינו מכוין עכשיו לקנות במה שנעל ופותח קנה כיון דדעתו של מקנה להקנותו ע"כ והנה במ"ש ה',"ל ומ'מ מדברי התוס' כו' מוכח דכונתו הוא דהתוס' מוסיפין יותר חידוש מדברי הריטב"א דדברי הריטב"א הם דאף דלא בעינן שיאמר לו לך חזק כיון דקאי בגווה מ"מ בעינן שיעשה חזקה ויכוין לקנות וזהו שכתב דעכשיו מחזיק בשדה בתנאי זה ע"כ ומדברי התוס' משמע דלא מבעיא דלא בעינן לך חזק אפי' כונת זוכה לא בעינן אלא כיון דגוף המעשה שהוא נועל ופותח שהם כיון קנה אף בלתי מכוין קנה כיון דלפי האמת איכא דעת מקנה דמכוין להקנותו במעשה שנועל ופותח

ואני אומר אם כונת הרב ז"ל הוא לסתור דברי הרדב"ז מדברי התוס' ז"ל דמוכח מדבריהם דאף דהמעשים שעושין הלוקח והרועה אין בהם מעשה חדש אלא זה דרכם לנעול ולפתוח כאורח כל ארע'לשמו'ביתם אפ"ה קנו ודלא כהרדב"ז לדידי רב המרחק ולא מבוס דשאני התם דהוי קניה הדשה דמעיקר'לא הוה להו שום זכו' בגווה לא ללוק' משום דהוה גזולה וחזקתו וכייתו הראשונה אין בו ממש וגם לרועה עדין לא הוה קנוי לו כלל ודברי הרדב"ז הםבשוכר דכבר הוה קנוי לו ומה קניה עושה בדבר דכבר הקנוי לו אשר מטעם זה נסתפק מהרי"ט ן' יעי'ש אלא הטעם הוא דכונת הרדב"ז ז"ל הוא דבעינן בקניות דהוא הוצאה מרשות הבעלים דעתו של מקנה ולא יהא שום ס'בדעתו והיכא דאיכא גלוי דעתו בבירור כמ"ש הרדב"ז כגון שפי' הלוקח בשעה שהוא נועל או שעשה דבר חדש.שדרך השותפין להקפי' כו' דהשתא בריר לן דנתכון להקנות ברם היכא דאנן בדידן לא ידעינן גילוי דעתו אם נתכוון להקנות בקניה כזו דנועל את ביתו דמצי טעין דהלוק'עצמו לא עשה מעשה לקנות כל כה"ג ס"ל להרדב"ז דלא קנה ומ"ש התוס' בההיא דרועה הטעם הוא משום דאמרו חכמים דעתו דוה רוצה לעשות מצות עשה ולזכותו לכהן תכף ומיד ללידת בכורו אין גלוי דעת גדו'מזה דליכא לאסתפוקי בדעתיה וכןההיא בלוקח מגזלן דבין לטעמא דלא לקריוהא גזלנא ובין לטעמא כי היכי דליקו בהמנותיה ליכא ספיקא בדעתו של מוכר וא"כ כיוןדבריר לן דאיכא דעת מקנה שגי ולא בעינן דעת קונה ומ"מ מוכח מדברי הרב מה"א ז"ל דהבין בדברי הרדב"ז דלא שנא מכירה ול"ש שכירות כיוןדנתרצו שניהם ס"ל להרדב"ז דנתבטל חזקתו הא'

ואף שיהיה אף מתורתן של הראשונים ז"ל דהביא לנו הרב מה"א ליכא ראיה לדירת השוכר חשיבא חזקה וקנין מדברי התוס'אין ראיה דאיכא למימר דלדידהו ללוקח ולרועה הויא להו קנין חדש שלא היה להם שום זכיה מקדמת דנא לא כן גבי שוכר וכמ"ש מהרי"ט ן' יעיש' ודברי הריטב'א נמי מסת' כמו שהבין הרב ז"ל דבעי' חזק'שיחזיק עכשיו על תנאי זה אלא דיש לדקדק מה השיב ה' מה"א לנדון דידיה דלא הוה אלא דבור בלבד ועיין להרב פאת נגב ח"מ סי' כ"ב ד"פ ע"ג

ועתה ראיתי ס' הב"מ ממש למורינו הרב ז"ל ידיו של משה ונשאל על זה בה"מ סי' ל"ה ובסוף דבריו כתב ומעשה בא לידינו ופטרנו בנייסם ע"כ ומסתברא לי דאי עבדינן פשרה דיש לעשותה קרובה לדין דמסייע למשכיר הנלע"ד כתבתי ושוב ראיתי להרב קמ"ר פ"א ממכירה דעמד ע"ד הרב מה"א אביו ז"ל דהרדב"ז קורא בגרון דכלשסיה מושכרת אצלו ובתוך הזמן נתפשרו שידור שנה אחרת דאין צריך שום קנין וקנה ע"י חזקתו הראשונה דדוקא גבי מכר כו' ע"ש

לענין בע"מ אי שייכי זוכים ושליחות

סימן צו

שטר מקח דבא לפנינו ב"ד בלוקח קרקע מישר' המוכר והלוקח היה היה קראי א' והיה כתוב בשטר המקח וקנינ' מיד המוכר כו' ונסתפקנו כעת לכאורה אי זכה הלוקח שהוא בע"מ או לא ולדדי הס' הוא מאחר דלימוד קניינו שלקנין שולף הוא נלמד מבועז ושלף איש נעלו כו' והבע"מ אינן מודיםבדברי קבלה א"כ לאו בר קניה הוא מעין מאי דקיי"ל לענין דינא דאין עיכוב לדוקי מועיל יען שאינו מודה בעיכוב יע"ש א"ח סי' שפ"ה אלא דמילי כדנא לא מכרעה דלאו הא בהא תליא דהא גוי יוכיח דהגם דאינן מודים בתורה שלנו מ"מ איתיה בקנין חליפין וכמ"ש התוס' פ"ק דקידושין ד"ג ע"א משם ר"ת ז"ל דשפיר דמי ליש' להרשות לגוי והיה מקנה בחליפין אלא דצריך ליזהר שלא לכתוב בשטר ההרשאה אלא וקנה הגוי ולא לכתוב וקנינא דאין שליחות וזכיה לגוי יע"ש

למדנו

למדנו דלא משום דכופר בתו' משם ליתיה בקניינין שלמודים או בדברי תו' או בדברי קבלה אלא דבקנין כסף איכא פלוג' דרבוותא אי גוי קונה כו' וכבר כתב הר"ב חב"ד סי' ע"ד ז"ל ולא אשכחן גאון דפליג על זה יע"ש וסי' הלזו של ר"ת ז"ל ש"ל להריטב"א שם פ"ק דקי' ומרדכי, שם וע' בפ"ב דבכורו' די"ג ע"א ד"ה אימא דפשיט להו דגוי איתיה בקנין חליפין בין כשהוא קונה מישראל ובין כשהוא מקנה לישראל

ואיברא דמהרשד"ם ח"מ סי' ט"ן אסבר' לן תרתי שהאד דלדידיה הוי ליה דסברת ר"ת ז"ל דעת יחיד הוא והשני דהגם דגוי איתיה בקנין חליפין היינו דהגוי נעשה שליח מישר' וקונה מישר' אבל גוי אינו מקנה לישר' בקנין חליפין דגוי לא סמכ' דעתיה להקנות בחליפין יע"ש והנה זה שכתב הרב ז"ל דסברת ר"ת דעת יחיד הוא הרואה יר' תשו' הרב ת"שד והריטב"א והמרדכי ז"ל והתוס' דבכורות והטור ח"מ סימן קכ"ג ומרן בש"ע שם סעיף י"ד וע' מה שרמז הרב כנה"ג סימן קפ"ח הג"הט ובסי' קכ"ג בית אברהם ח"מ סי' קכ"ג לחם שלמה קונט' ק"ם סימן ט"ב ובזכרונות של הרב ד"א אות קנין סודר סי' תרכ"א ותרכ"ב יע"ש ומאי דאסבר' לן הרב מהרשד"ם דאף ר"ת ז"ל לא אמרה אלא בגוי קונה מישראל אבל בגוי מקנה לא אמרה הרואה יר' מכל המקומות הנז' דלי"ש וכמו שכתבתי דמתברר מדברי התוס' דבכורות דק"ו באופן דלרוב' דרבוות' גוי איתיה בקנין חליפין לי"ש היכ' דהגוי הוא הקונה לי"ש היכ' דהגוי הוא המקנה ומעתה גם בע"מ איתיה בקנין חליפין דלא גרע מהגוי ואפ' דכ"ע מודים, בזה דע"כ לי"פ אלא בגוי גמור אבל לא בבע"מ

אלא דא"כ דשייכי בקניה דחליפין שבע"מ ע"מ וע"ת נהגינן אנן בדידן בימים האלה ובזמן כזה היכ' דהבע"מ הנה הנם מוכרים הקרקע לאחרים או שיהיה ישראל הלוקח או אחד מבע"מ לא עבדינן קנין המכירה אלא בקשר אמיץ של שבוע' ע"ד המב"כ כו' ובאופן אחר לא אשכחנא לן בהדי ואמאי הא איכ' אנפ' דקנין חליפין אלא משמע מאחר שאינן מודים בדברי קבלה לא שייכי בקנין חליפין ומינה היכא דהמוכר ישר' והלוקח הוא אחד מבע"מ אינו קונה ומינה לנ"ד

ועוד אני אומר לכאורה דאף אם נאמר דשייכי בקני' חליפין מ"מ מאחר דאין כתוב בשטר המכר אלא וקניני' מיניה כו' באנו לפלוגת' דרבוות' אי יש שליחות למומר או לא הובאו דבריהם בתשו' מרן ז"ל דיני גיטין דמהר"ם הבבלי ז"ל הוא הרב כפתור ופרח אסף וקנץ מכתה גדולי עולם ז"ל דס"ל דמשומד להו בר שליחות לא איננו לדידן ולא אנן בדידהו אי משום דלאו בר ברית ואי משו' דמפקי שליחו' מקר' ושלח ושלח' ובישר' דוק' משתעי קרא ומרן מהריק"א חלק על סבר' הלזו וס"ל דמשומ' בר שליחות הוא יע"ש מערכה מול מערכה והרב פ"מ ח"ב סי' ל"א עמד בפלוג' דרבוות' הלזו ובדס"א ע"ב כתב דראוי לחוש סברת המחמירים ז"ל כו'.

ואף כו' כי אנו מעשים בכל יום כדברי המקילים שאנו שולחים גטי המשומדים ע"י שליח כו' אפשר דטעם המנהג הוא בצירוף שקודם שיעשנו שליח הולכ' מוכה לה ע"י אחר כו' ואיכ' ס"ס כו' יע"ש והרב דברי אמת קונט' ו' דס"ה ע"א כתב וז"ל ולענין משומד אי צריך וקניני' או וקנה המשומד תליא כו' אי יש שליחות למשומד וכיה מטעם שליחות ובתילת' דממונ' יכול המוחז' לומר קי"ל ככת הפוס' ז"ל דאין שליחות הגם דאנחנו חוששים לעיקר ומעשים בכל יום מ"מ לענין ממון אין הולכין אחר הרוב יע"ש דהעתיק והרחיב הרב ז"ל באופן דאיכ' למילף לענין נ"ד בלוקח בעלי מקרא מ"זהר דהשטר המוצג קמן כתוב וקניני' מיניה כו' ולא כתוב וקנה הבעלי מק' יש לדון קי"ל ולא קנה הלוקח ומלי למהדר ביה המוכר ישראל

וכבר ידוע מחלוקותם של גדולי האחרונים בבעלי מקרא אי חשיבי כמומר או לא דמהרא"נ"ח ה"א סי' קי"ג כתב דקראי לא גרע ממשומד דאסור ללוות ממנו בריבית יע"ש והרב ש"ך י"ד ס"סי קנ"ט ס"ק ו' כתב משם רש"ל דקראים דינן כמומר ושני' תשו' הרב בצלאל דס"ל דגריעי מישר' מומר והם כגוים גמורים יע"ש וכבר אסף וקבץ מרן החבי"ב שם ס"סי הנז' הגב"י יע"ש באופן דאיכ' כת מגדולי האחרונים ז"ל דקייתי בשיטה אחת דס"ל דקראים ומשומד משפט אחד להם ומאחר דבמשומד איכ' מערכה מול מערכה אי יש שליחות למומר או לא מינה איכ' לאסתפוקי אי גם בקראי' נמי יש שליחות או לא דהא מפקינן שליחות מקר' ושלח ושלחה ואינן מודים בעלי מקר' בזה א"כ צריך לכתוב בשטר המכר וקנה הקראים כדין גוי שכתב ר"ת וכמו שאסבר' לן הרב דברי אמת ז"ל במשומד נמי האי דינא

ואמינא דזה ימים ושנים עמדתי על מה שרצה להכריח מרן זקני של אבא מארי ז"ל הרב ר' אליעזר ן' שאנג'י בספרו הנזכר הידוע לכל יודעי דת ודין סי' ט' שכתב וז"ל דאיך אפשר לחוש להחמיר לכת הפוס' דאין שליחו' למומר דהא מעובד' דעבדי' מעשים בכל יום דמומר הבא לגרש לאשתו מצוה לסופר לכתוב גט כריתות מוכח דפשט' הוריה דיש שליחות למומר וזם אית' דאיכ' לאסתפוקי בהאי דינ' אי יש שליחות למומר היאך עבדינן עובד' שיכתוב הסופר הגט ואנן וכתב לה ס' כריתות בעינן הו הוא או שלוחו כו' א"כ מוכרח דלדידן תפסינן כדברי רבוות' המקלין ע"כ דלדידי הוי לי דליכ' תבר' מתאי דנהגינן אנן בדידן לכתוב גט מומר ע"י שליח שהוא הסופר וכמו שכתבתי בזכרונותי אות שליחות דקצ"ו ע"ב והוא מטעם ספק ספיק' ס' הלכה ככת הפוס' דיש שליחות ואת"ל דהלכה ככת הפוס' דאין שליחות אפ' דהלי' ככת הפוס' דלא בעינן שליחות בכתיבה וכמ"ש מרן ב"י א"ה סי' קכ"ג ויעויין שם באחרונים ובהרב גט מקושר למהר"ם בולה סי' ה' מח"א ה' גרושין דיו"ל ודי"א הק"ל א"ה הג"מ סי' מ"ו יע"ש ומתהפך הוא ספק אי בעינן שליחות בכתיבה הו לא בעינן כדעת רוב

רוב ז"ל דהלכה ככת
הפוסקי' דבעינן שליחות ס' דשמא הלכה ככת
הפוסקי' דיש שליחות למומר וכי איכא דאשכחת
לן הרב פ"ת מקום פטור למעשים בכל יום דעביד
המומר שליח הולכה וכאמור כה"ג נמי איכא למימר
דסמכינן לטעמ' דש"ס הנו' להתיר ומרן וקני כתב
ז"ל ומשנה שלימה שנה לנו מרן מהרי"ק דטעמא
דיכול לכתבו ע"י סופר הוי מדין שליחות יע"ש סימן
ק"ך ע"ב דמריהטא דהאי לישנ' משמע כאלו היא
הלכה פסוק' ואיברא דבדבריו אשר הובאו בש"ם
אליהו רבה ועי' סי' דקדק בלישניה וכתב למ"ד
דבעינן שליחות לכתיבה יע"ש וע' להרב דברי אמת
קונט' ז' דס"ד ע"ב וע"ג ובקונט' י"א סי' ן' דנר' דשמ'
דעתו נמי אדברי מרן וקני ז"ל ומה שיש לעמוד על
זה ע' שם בזכרונותי וע' למהר"י עייאש ז"ל בספר
ארע' דרבנן אות אלף דקפ"ג ע"ד ודוק

העולה מהאמור לנ"ד מאחר דבשטר המוגש
קמן כתוב וקנינא מיניה דמוכר לא קנה
הקראי הלוקח כיון דאיכא כת הפוס' ז"ל רבי' ונכבדי'
ז"ל דקיימי בשיטה אחת דסברי דהקראים דין מומר
יש להם ובקנין סודר של מומר היכא דכתוב בשטר
וקנינא מיניה לא קנה המומר הלוקח לסברא של
הראשונים ז"ל דכתבו דהמומר לאו בר שליחות הוא
וכמו שכתב בהדיא הרב ד"א ז"ל כנז"ל כן נר' לע"ד
אך זה כתבתי לפום ריהטא כרותה על הנהלים
ואיברא דיש לעמוד היכא דכתוב בשטר המכר וקבל
שבר' כפוס' כו' ואפי' שהיא שבר' יחידאה כו' באופן
דהאי מכירה הגם דהיא בנויה במחלו' גמר בדעתו
המוכר להקנות לו ללוקח עפ"י כת הפוס' המסכימי'
בדעתם להתרוקן זכותו של מוכר ולהקנו' לו ללוקח

סימן צו

עוברא הוה בשטר מתנה הבא לפנינו וזה
נוסחו לפנינו עדים כו' היך ה"ר
פ' נתחייב מעתה ומנכסיו בחיוב גמור כו' ד' אלפי'
גרו' לבתו מ' פ' לה ולזרעה אחריה באופן שבהעדר
מ' פ' לא יפלו הד' אלפי' גרו' בתורת ירושה כי
אם לזרעה אחריה וזקף הר' פ' מנכסיו עליו ועל
ב"כ חיוב ד' אלפים גרו' לבתו ולזרעה אחריה כו'
ע"כ והנה מ' פ' המקבלת המתנה נשאת ובעת שנתנ'
אביה לה ולזרע' אחריה היתה נשואה לאיש והיתה
לה ב' בנות נשואות ובן אחד ועברו ימים ומת הנותן
ואח"ך מת הבן מהמקבלת המתנה ואחת מן הבנות
והניחה זו הבת המתה בן אחד ושוב מתה הסבתא
המקבלת מתנה ואח"ך מת הבן בתה מתה ואמנם
קודם מיתה של הבן בתה מתה מת הסבא בעלה של
המקבלת מתנה ועתה לשאול הגיעו מי הוא הזוכה
בנכסים הללו אם נאמר דנוטל אביו של הבן בת בתה
חלקו שכן זכה הנותן לזרעה אחריה והיינו בתה של
המקבלת מתנה ובן בתה וכיון דמת זה הבן יורש אותו
אביו או נימא דלא נקראת זרעה אחריה לא בתה של
המקבלת מתנה דהי' היתה בעולם בשעת המתנה ׳

והנה באלי לישנ' הכתוב בשטר איך הוא
נתחייב ד' אלפים גרו"ש לבתו ולזרע'
אחריה יש לפרשו בשני אופנים האופן הראשון הוא
דזכייתא של זרעה אחריה מכחו של נותן הוא דכמו
שזכות של בתו המקבלת מתנה הוא בא מכחו כמו כן
זרעה אחריה וזה מדוקדק בלשון השטר הנה הוא
נתחייב לה ולזרע' אחריה ומ"ש אח"ך באופן שבהעד'
מ' פ' לא יפלו הד' אלפים בתורת ירושה כי אם
לזרע' אחריה הכונה שנותן טעם על מה ועל מה
מתחייב לזרעה אחריה משום שלא יפול הירושה
לבעלה מש"ה מתחייב הנותן עצמו לזרעה אחריה
דנמצ' דזכייתא מכח הנותן הוא בא ולא חלה הירוש'
לבעלה וזהו האופן הראשון האופן השני דאין חיובו
של נותן אלא לבתה דוק' ומתנה שבמיתת המקבלת
מתנה יפלו הד' אלפים בתורת ירושה לזרעה אחרי'
ולא ירשנה בעלה • וזהו האופן השני ונפק' מינה
בין הני תרי לישני אי זרעה אחריה מכח הנותן הם
באים או מכח המקבלת המתנה הם באים ואם נאמר
דזרעה אחריה מכח הנותן הם באים כפי האופן הרא'
א"כ נמצ' דנ"ד הוי דינ' כדין אחריך וכמעט דהאי
סברא דקכ"ו לגרסת הגאונים דגרסי' ונתרה לירת'
שלה כנ"ל דקי"ל דאפי' נרא דברתה ירית וכולם
מכח הנותן הם באים דכונת ירתא דקאמר שנותן
דעתו על בן בתה נמי יע"ש וא"צ לברר לכאור'
כיון דבשעת מתנתו של נותן היתה זרעה של בתה
המקבלת שמתנה ב' בנות ובן אחד ואילו מתה המקב'
המתנה באותה שעה נמצאת דזרעם אחריה הראוי
לירש מדין תורה דהוא נקר' ירתה היינו בנה ואפקעת
בנה הנו' בחיי שבת' המקבלת מתנה דנמצ' דבשעה
מיתתה של המקבלת מתנה לא היה בעולם מה בכך
כיון דנ"ד פירש שנותן בהדי' דמנכסיו הוא מתחייי'
חיוב גמור לבתו ולירתי דידה נמצ' דמנכסיו זכה
למפרע בנה ומנ' לן לכאורה דלא אזלינן בנ"ד בתר
היורשים הנמצאים בשעת העדר של מקבלת מתנה
אלא בתר היורשים שהיו בשעת המתנה דכ"כ ר' יונה
הבי' דבריו הר"ב בא"ז שם בסוגיין ז"ל ובתר' לירתא
פי' ליורש שיש לה עכשיו אני נותן נכסאי אחרי
מות הסבת' ומ"מ לומר לירתה ליורש שיה' לסבתא
בשעת מיתתה כו' יע"ש ואי פי' שם עוד על גרסת
הרא"ש והשב"ש ז"ל והכי משמ' מדברי הרשב"א שם
ז"ל אלא רב הונא הק' ונתרה לירתאי כו' ולאו
לירתאי שיהיו באותו שעה שהמו' הסבתא יע"ש ולדברי
הטור סי' רמ"ח ס"ט כפי מה שפירשוהו גדולי האחרו'
ז"ל מוכיחין כן דכת' דאם לא הניחה הבן זרע' אין
היורשים שלו כגון אחיו יורשים את הסבתא מטעם
דאמ' ירתאי ואלו שם ירתיו דכיון דבשעת המתנה
לא היו ירתיו אלא נתה אף דבשעת מתת הנותן
ירתי דידיה נינהו מ"מ אזלי' דוקא בתר אמירה ונתי'
וכן פסק מור"ש שם ס"ו ודברי הרב דרכי משה שם
צריכין תלמוד לכאו' וא"כ בנ"ד נמי אף דבעלה של
המקבלת מתנה אינו יורשיו דהא סילקו הנותן בדין
אחריך מ"מ נהי דאינו יורש את אשתו אמנם מכח
למיתת אשתו חלה המתנה על בנה שהוא בקבר
וממילא יורשו אביו דהא מנכסיו זכה לו הנותן ולא
חלה המתנה על בתה של המקבלת מתנה מ טעם
שהיא

שהיא זרע' אחריה בשע' מיתה דהא כבר כתבנו משם ר' יונה וסייעתיה דלא אזלי' אלא בתר ירתיו הנמצאים בשע' המתנה אילו מתה באותה שעה וכיון דזכה בנה של המקבלת מתנה וכה אביו מכחו ומגיל' ירשו אותו יורשיו דהיינו בתה העומדת בחיים ובן בתו שמתה וכיון דמת זה הבן בתו יורשו אביו של זה הבן וכל זה שכתבנו הוא במונח כפי סבר' ר' יונה ודעימיה אמנם ראיתי להר"נ"מ דקלי"ג דהביא דברי ר' יונה והרשב"א אשר ראה במכתב ואייתי בידיה דברי המרדכי סי' תקע"ח דכלי"נ ע"ו דהרי תלה טעמו ר' יהודה דמה שלא זכו בנים שנולדו אחר המתנה משום דא"א מקנה לדשב"ל גם ר' ברוך בס' החכמה אזיל בשיטה זו דר' יהודה מדזיכה לבנים שנולדו אחר המתנה מוכח דאין כוונת הנותן אלא הנמצאים בשע' מיתה דאותה שע' מתרוקן זכותו של ראשון יע"ש ומרן ב"י דתמ' ע"ד הטור מוכיחין דפשיט' ליה למרן ז"ל דלא אזלינן אלא בתר השתא דהיינו שעת מיתה וכפי סבר' הלזו מר' יהודה ודעימיה בנ"ד לכאורה לא חלה המתנה לא על הבת האחרת העודה בחיים שהי' זרעה אחריה בשע' מיתה

ואפי' חימ' גם לבן בתה שמתה בחיי אמה ניתיב ליה חלקו ויחלוק מחלה למחצה עם אחות אמו דהא הוא נמי בשאר נכסי לסבת' אילו לא היה לה בעלה דהא בכלל זרעה כולל זרע זרעה נמי דכן מצינו שדרשו רז"ל בפסוק וזרע אין לה דור' זרעה לא אצטריך לרבויי לזרע דקאמר קרא היינו זרע זרעה וכך נקטו לדינ' הרמב"ן והריטב"א ושיטה לא נודע למי מקדושים בכ"ק דקידושי' ד"ד והרשב"ם סי' י"ב ואם תאמר דאין ראיה מהכ' ללשון בני אדם הלא תראה להריטב"א וה' הנמקי בהי' לנדרי' דף ל"א הבי' דבריו ה' קהלת יעקב לשון ב"א סימן ת"ך דגם בלשון ב"א אמרינן דבכלל זרעו הוי זרע זרעו הנה דבכלל בנים אין בני בנים בכלל יע"ש ולא מצינו בעת בזה מחלוקת הא לית' דהא לבאי ליש' שכתבו דזרעה אחריה מכח הנותן הם באים נמצ' דלמפרע נתחייב הנותן לפי דעת ר' יהוד' ודעימיה לזרעה הנמצאים בשעת מיתה המקבלת מתנה דהיינו בתה ובן בתה ועל שניהם הלה המתנה וא"כ אין בן בתה זוכה במתנה הלזו דהא קי"ל דא"א מקנה לדשב"ל ובן בתה לא היה בעולם בשעת המתנה והגם דבהאי דינ' דאהריך אם אותו הבא אחר מקבל מתנה הראשון דהיינו אהריך אם לא היה בעולם בשע' המתנה דעת ר' ברוך בס' החכמה שם דמהני דכיון דאינו מזכה לו עכשיו הוא זכיה אלא לא דאמ' אהריכו' ללכשיהיו בעולם קאמר וכן דעת רשב"ם כמ"ש המרדכי שסוכתו' דקל"א ע"א וכן משמע דס"ל להרשב"א הביא דבריו הרב נא"ן שם וז"ל ואפי' נולד הבן אחר מתנת הנותן יע"ש ומלשון מהר"ם הבי' דבריו המרדכי פ' מ"ש סי' תרי"ג וז"ל ואפי' אה"ל דבהאי גוונ' לא שייך א"א מקנה כו' משמע דספוקי מספק' ליה למהר"ם ז"ל וע' להרב כ"מ ח"א סי' ל"ב דהבין בדברי מהר"ם הללו דקאי בשי' רשב"ם יע"ש, ומ"מ דהמרדכי בשיטת רשב"ם קאי אינו מדוקדק דהא המרדכי כלי"נ וע"ש להרב חידושי אנשי שם ור' יהודה והמרדכי שם חלקו ע"ז וס"ל דלא מהני והרא"ש בתשו' הביא דבריו הטור סי' רפ"ב ס"ל דלא מהני והתוס' שם דקל"א חלקו על רשב"ם ושוב ראיתי להרב מורה לדק הביא דבריו הרב כנה"ג הגה"ט אות ב' סימן רמ"ח דהזכיר מחלוקת זה והריטב"א חולק על הרא"ש והרב המבי"ט ס"ל כס' הריטב"א דמהני וע"ש בסי' ר"י הג"הט אות כ"ו והגהות ב', מ"מ בנ"ד דפי' הנותן דמעכשיו הוא מזכה ומעכשיו הוא מתחיי' לזרעה וכונתו לזרעה הנמצאים בשע' מיתתה כפי דעת ר' יהודה ודעימי' דעל שיטה זו אנן קיימין לא מהני אליבא דכ"ע כיון דאמר מעכשיו וכמ"ש שם נהדיא ר' ברוך ז"ל הכלל העולה דלא שייך הכא בנ"ד מחלוקתן של הראשונים יהי הוה בעולם או לא ונמצא כי סבר' הלזו שכתבנו דלא זכה הנכדה מטעם דא"א מקנה לדשב"ל נמצא דלא חלה המתנה וחוזרת ליורשי הנותן חלקו של בן בתה כפי דעת ר' יהודה ודעימיה דס"ל דלא נתכוון הנותן אלא דוקא היורשים הנמצאים בשע' מיתה המקבלת מתנה ושכנגדכה חולקי' ר' יונה ודעימיה דאזלינן דוקא הנמצאים בשעת מתנה, וא"כ בנ"ד זכה בנו של המקבל מתנה למפרע הף שהוא בקבר כמ"ש לעיל וממילא יורשו אביו וכיון דמת אביו הלה הירושה על בתה ועל בן בתו וממילא יורשו אביו של הבן בתו וכיון דיורשי הנותן הם מוחזקין מלו למימר קי"ל כדעת הראשונים ז"ל דס"ל דאזלינן בתר היורשים הנמצאי' בשע' מיתת המקבלת מתנה ולא זכה בזה חלקו מטע' דא"א מקנה כו' ואיברא דנראה לע"ד דבנ"ד לא שייך כהי סברת ר' יונה ודעימיה ז"ל ואף ר' יונה מודה דנותן זה לא נתכוון אלא על זרעה הנמצ' בשע' העדרה שכן בטה בשפתיו הכתוב בשטר מתנה דשם וז"ל באופן שבהעדר מ' פ' בתה לא יפלו הד' אלפי' גרו"ש כו' כי אם לזרעה אחריה ע"כ משמעותן של אלו הדברים מוכיחין דעל זרעה הנמצא בשע' העדר' קא מכוין ושו"ר מעין זה לס' מה"א ה' זכיה סימן מ' שכתב כן על נדון מהרח"ש ז"ל שכתב בפשיטות דאזלינן בתר היורשים הנמצאים בשעת מיתה דוקא יע"ש והשת' דאתינן להכי דכ"ע מודים בנ"ד דאזלי' בתר היורשים הנמצאים בשעת מיתת הסבתא וכיון דאמר מעכשיו נמצא דלא זכה זה הבן בת בתה דלא היה בעולםוכיון דנתבטלה המתנה מחלקו זכה יורשי הנותן זכותו של בן בת בתה

אמנם בנראה לפום דינ' הוא לכאורה דבתה האחרת העודה בחיים היא כאשה שזכתה בכל ד' אלפים גרו' ומנה אמינא לה מגלון המרדכי דכת' ר' יהודה ז"ל בהדי' דכיון דא"א מקנה לדשב"ל א"כ בתה שהיתה בשע' המתנה היא היורשה ע"כ הא קמן דהגם דס"ל לר' יהודה דאזלי' בתר היורשים הנמצאים בשע' מיתה וכמש"ל עכ"ז כתב כיון דלא מהני לפום דינ' שתחול המתנה על אינם מהיורשים דלאו בר קנייה הוא חלה המתנה על בתה ואין להקשות על דברי רבי יהודה ז"ל דנהי דלא אהנו מעשיו לאקנויי לבנים שנולדו אחר המתנה מטעם דא"א מ' לדשב"ל מ"מ היאך קנתה בתו דהא כיון דנתבטל מתנתו דנתכון לירתאי הנמצאים בשע' מיתה יזכו בניו שנולדו מכח ירושה דס"ל לרבי יהוד' ז"ל

י"ל דנהי דאזלינן בתר היורשים הנמצאים בשעת מיתה מ"מ בנדון זה כדי שלא יהיו דבריו לבטלה מכח הדין דא"א מקנה כו' יהבינן לבתה דהיא היתה בשעת המתנה עד שעת מיתתה ואמדינן דעתיה דלבתה נתכוון וכמו כן בנ"ד נמי כיון דאחד מזרעה אחריה דהניחה השבת' לא בר קניה הוא ניתיב ליה כל הד' אלפים גרוש' לבתה שעומדת בחיים כיון דהיתה בשעת המתנה עד שעת מיתה כדי שלא יהיו דבריו של נותן מקצתן קיימין ומקצתן בטלין ואמרי' דזרע' אחריה דקאמר על מי שהוא בר קניה ואהנו מעשיו ועם זה שכתבנו ניחא מאי דהוה קשה לכאורה למי' דכמו דאין הבן של בת בתה לא זכה מטעם שלא היה בעולם כמו כן הבת העומדת בחיים לא ליקני דהא את ואמור הוא וכמו שדנו כן לענין אחריך מכח ק"ל מהרש"ך בס' בני שמואל סי' י"ן והרב פ"מ ח"ב סי' כ"ה יע"ש ושפיר ניחא דע"כ לא אמרו הכי אלא היכא דמבורר דעתו של נותן דמכוין להקנות למי שאינו בעולם ברם כפי מ"ש דנ"ד הוי דומה בדומה לנדון המרדכי דאמרינן דלבתה נתכון ניחא ואה"ן דאם נ"ד הוה דלא היתה למקבלת המתנה בשעת מיתה לא זה בן בתה והוא הנק' זרעה אחריה היתה חוזרת המתנה ליורשי הנותן כיון דלא היה בעולם

הכלל העולה מכל מש"ל דהאי ליתנא קמא דדעתו של נותן היה להקנות לזרעה מדין אחריך ואף דלא אמר נותן זה ואחריה לזרעה דהוי ממש כדין אחריך לפי דמקדים תיבת אחריך מה בכך דמאי אולמיה מאוחר אל הקודם והרי מתבאר מד' הרב פ"מ ח"ב סי' ל"ב דנ"ד הוה דלא אמרו הקבל ואחריך עכ"ו אי לא הוה לשון וליורשיו אלא לשון ולבניו הוה מפרישנן דמכח הקבל הם באים יע"ש גם הר"י הלוי הובאו דבריו בת' הרב ג"ור ח"מ כלל ג' סי' ל"ח דנ"ד הוה דאמר לו ולאשתו אחריו פי' לה הרב מדין אחריך והרב פ"ד דיו"ד פי' דמתנת הארץ דכתיב בה לך אתננה ולזרעך אחריך מדין נכסי לך ואחריך לפ' הוא יע"ש וזהו האופן הראשון שכתבנו למעלה דהנותן זה מדין אחריך אתי עלה וזכתה הבת העומדת בחיים כל הד' אלפים גרוש' דהיא הנקר' זרעה אחריה

ברם כפי האופן שכתבנו דאפ' לפרש לישנ' דשטר' דאין חיובו של נותן אלא לבתה דוק' ומתנה מתיכולת הירושה דוק' לזרעה והם ירשו אותה ולא בעלה וכונתו להוציא ע"מ שלא ירשנה בעלה ואם האמת היא דזה היתה כונת הנותן שפיר קא תבע אביו של זה הבן בתה מנה נפשך דאי הלכ' כדע' הפוס' שפסקו כשמו' דע"מ שאין לבע' רשות כלל סגי ולדעתם מתבאר מתשו' הרשב"א דה"ה ע"מ שלא ירשנה בעלה סגי כפי זה ירשו אותה לשבת' בתה בן בתה וממילא זוכה אביו של זה הבן ואי הלכה כדעת הפוס' כרב דלא סגי בהכי ולא אהנו מעשיו ותנאו בטל ובעלה יורשה וא"כ בנ"ד נמי אין זרעה אחריה יורש' אלא בעל' יורש' וכיון דמת מקודם בעלה של שבת' ירשו אותו בתה ובנה ומנ' יורש אותו אביו של זה נמצ' דזכייתו של אביו של זה הבן תלוי בשני אופני שכתבנו ואמנם הפי' היושר והמכוון אין ס' דהוא האופן הראשון דאתי שפיר לישנ' דשטר' איך הוא נתחייב לה ולזרעה אחריה דניכרי' דברי אמת דהוא כמתחייב לזרעה כמו שמתחייב לבתה ומ"ש עוד באופן שנשעבד מ' בתה לא יפלו הד' אלפים גרוש' בתורת ירושה כי אם לזרעה אחריה דמשמע דלזרע' אחריה יפול הירושה לא היא דכונת הנותן הוא בנותן טעם כדי שלא יפול הירושה לבעלה מתחייב לזרעה אחריה ועוד דהרי מצינו בדין אחריך בעלמא פ' י"נ דקכ"ט ע"ב דקתני בברייתא ואחריך ירש פ' ומוקי תלמודא האי ברייתא בדאין ראוי ליורשו דוקא יע"ש הרי דהוצק לשון ירושה בדין אחריך וטעמי' דמהני לשון ירושה פי' רשב"ם שם משום דכיון דלמקבל' הראשון אמר לשון מתנה מהני לשני א"כ הכא נמי בנ"ד אילו אמר הנני מתחייב לך ואחריך ירשו זרעך הוה מהני דלשון חיוב דהוי לשון מתנה מהני לשני

ועוד יש להוכיח דכונת הנותן היה על אופן הראשון דהא מילת' דמסתבר' הוא דכל לישנ' דשטר' דיש לפרשו בשני פירושים ושפי' האחד הוא מתבטל לדעת כמה פוס' מכח דעשה שלא כדין והשטר בטל דלא אהנו מעשיו מפרשינן השטר לפי' המוסכם והמכוון להכל וא"כ בנ"ד אי מפרשי' לפי פי' השני דזרעה אחריה מכחה הם באים וירתי לידה הוו ומתנה שלא ירשנה בעלה א"כ כיון דתנאי זה שלא ירשנה בעלה שנוי במחלוקת אי מהני או לא דהא לדעת התוס' ור"ת והראב"ד והראבי"ה ומהר"ם והרא"ש והטור ובהצטרפות סברת הרמב"ם ודעימיה וכ"ש בהצטרפות דאף לדעת הפוס' כשמואל איכא כמה מרבוות' דס"ל דהיינו דוק' דמהני תנאה ע"מ שלא יהא לבעליך רשות הוא נעודה בחייה אבל כשמתה התנאי לא מהני ובעלה יורשה עי' להרב נתיבות משפט דקכ"ו ע"א ולהרב מח"א ה' זכיה סי' י"א וא"כ אם נאמר דכונת הנותן לפי האופן השני דזרעה מכחה ירתי לא אהני מעשיו לדע' כמה פוס' ולפי הנר' הוי רוב' דרבוות' דסברי דלא אהנו מעשיו וא"כ יש לחפוש יותר האופן הראשון דלא נתבטל השט' כלל דמכחו הם באים ולא הפי' השני דמתבטל השט' לגבי זרעה לדעת כמה פוסקים דמעשיו בטלין ותנאו שלא ירשנה בעלה קיים וכ"כ הרב פ"מ ח"א סי' ל"ב דכל שיש לפ' השטר בשני פי' שוין ולפום פי' האחד מתבטל השטר לגבי פרט א' הכתובים בשטר כגון נדון הרב דהוה כתיב וליורשיו דאי מפרשינן דהיורשי' מכח שקבל הם באים כדין אחריך הוי במחלו' הפוס' ובטל כו' יותר יש לחפוש כו' יע"ש הרי מבואר דמ"ש דאף דלפי הפי' דמתבטל לגבי יורשים אינו מוסכם מהכל אלא במחלו' הוא שנוי עכ"ו מפרשי' השטר כפי הפי' דליכ' ביטול כלל וכמו כן בנ"ד אי מפרשינן דלבתה ולזרעה אחריה נתחייב נמצ' דדבריו קיימין וזרעה דהיינו בתה של המקבל' מתנה נוטלת כל ד' אלפים גרוש' דהיא האשה הנקר' זרעה אחריה נמצא דהיא שעמדה בשעת מתנה עד שעת מיתתה

ועוד

ועוד יש להוכיח דכונת הנותן היה על אופן הראשון ממ"ש מהרא"נח ח"ב סימן קי"א הביא דבריו הרב כנה"ג סי' מ"ב הגה"ט אות דכל שהלשון מסופק בלישנ' דשטר' וכפי הפי' האחד מוכיח דרוצה בעל השטר לעשות שלא יחול תקנת חז"ל וכמ"ש הרי"ף וסיע' בהבי' דהכותב כו' יע"ש הרי דלמדנו מהתם דאף אי פעמה בפי' מהני אף מן היורשים ולא הוה עליה שום איסור כלל מ"מ כיון דלא ברירא לן לישנ' דשטר' אמרינן דדעתיה על תקנת חז"ל אף דהלשון מוכיח בהפך כ"ש בנ"ד דאף נותן זה מכוין להקנות לבתה כך מה ולפום דינ' מה שקנתה אשה קנה בעלה ובעלה יורשה כיון דאינו מפורש דעתו בבירור דהמתנה ע"מ שלא ירשנה בעלה לא אמרינן דדעתו היה שלא יחול עליה זכות הבעל נמה דקי"ל מה שקנתה אשה קנה בעלה דהתורה וכתה לו ליורש' כל זכות שיש לה או למ"ד דירושת הבעל תקנת חז"ל היא ואה"ן אי הוה הנותן זה מתנה בפי' ע"מ שלא ירשנה הרי נטה בשפתיו שבא לעקור הבעל יורש את אשתו ומהני לדעת הפוס' ז"ל דס"ל כשמואל והוי כמו ע"מ שלא יהא לבעליך רשות בהם בהא סלקינן ובהא נחינן מכל ההכרחיות שהכרחנו למע' דזרעה אחריה מכח נותן הוא בא ולא אזלי' אלא בתר היורשים הנמצאים בשעת העדרה מן העולם וכולם מודים בזה ובת העולה בחיים היא האשה דזוכה בכל הד' אלפים גרוש' דהיא האשה הנקראת זרעה אחריה

ומעתה נלכה נא לחיובו של נותן זה דהוא לשון הקנאה שכן כתוב איך נתחייב מעכשיו כו' חוב גמור סך ד' אלפים גרוש' לבתו כו' ע"כ מפורש תוב דמחלש על עצמו היובא דנא ובאנו למחלוקתן של הראשונים אי מטבע נקנה בחיוב כיון דהחיוב הוא על גופו וראש המדברים בזה מצאתי ראיתי להרב מהר"י ן' מיגאש בתשו' סימן קנ"ג וסי' ל"ו דנשאל על זה אמר רבינו ז"ל כל מי שכותב בשטר נתחייב כו' לפ' כ"ון נתורת חיוב השטר בטל לפי שנר' שהוא הקנאה ומטבע אינו נקנה בחליפין ע"כ הרואה יר' דפשיט' ליה להרב דהגם בחיוב וקנין לא מהניא למטבע ואיבר' דהרב ז"ל לשיטתיה אזיל דמפרש מאמ' דר' יוחנן נתחייב אני לך כו' הוא מתורת הודאה דוק' וכמו שפירשו רש"י ודעימיה ז"ל אמנם ר"ת וסיעתיה מפרשי לה בתורת הקנאה וכתבו שם התוס' והרא"ש דלא אקשי' לפירו' של ר"ת דאיך נתחייב בלתי קנין דדוק' מטלטלין המיוחדים אינן נקנין אלא במשיכה אבל שעבוד וחוב מהני בשטר כיון דטרח יע"ש וא"כ מינה בנ"ד דמהני ונפי' רש"י דמפרש לה כשיטת מהר"י ן' מיגאש דדוקא בהודאה דאי בהקנאה היאך מתחייב בלתי קנין אין ראיה דס"ל לרש"י כסבר' מהר"י ן' מיגאש לגמרי דדילמ' היכ' דאיכ' קנין נאמר דס"ל לרש"י ז"ל דמהני וע' להרב פמ"א ח"ב סי' ס"ט הביא דבריו הרב ה"ש סי' מ' הגה"ט אות ו' דכתב דבקנין כ"ע מודו יע"ש וראה ראינו להמשפט צדק ח"ב סי' י' וע' ה"ג סי' ג"ן רמזו הכנה"ג ח"מ סימן מ' הגה"ט אות ד' דלא פסיק' ליה אי מהני לדעת הפוס' רש"י וסיעתיה היכ' דאיכ' קנין בחיוב יע"ש

והשתא דאנהיר לן דברי מהר"י ן' מיגאש דמפרשי לה מאמ' דר' יוחנן כפי' רש"י דדוק' בהודאה והיכ' דהוי בלשון הקנאה לי"מ אף בקנין יכולני למימר דגם דעת רש"י ודעימיה ס"ל הכי והר' כנה"ג בתשו' ח"א סי' קס"ד וקס"ג דקל"ו ע"א נשאל על זה והשיב וז"ל ואפי' תימ' דאף בזו נתחייב בלשון חיוב הא אי מטבע נקנה בלשון חיוב במחלוקת היא שנויה ומחלוקתן תלוי בהביא דרי"ף הנושא כו' אבל כו' כתב כיון דאיכ' פלוגת' דרבוות' המע"ה יע"ש וע' להרב ז"ל בס' כנה"ג סי' ר"נ הגה"ט אות מ"ד ומ"ש הרב מע"ש בסי' ס' הגה"ט או' ל' דמדברי הטור מוכח הפך תשו' מהר"י ן' מיגאש יע"ש י הרואה יר' דמי לא ידע בזה כמ"ש למעלה דלדעת ר"ת וסיעתיה מהני בלשון הקנאה והטור כבר הסכימה דעתו בסי' מ' דלא כש' רש"י ודעימיה ומ"ש עוד דנראית תשו' מהר"י ן' מיגאש סבר' יחיד אשהמיע ליה דברי הרב כנה"ג ומה שרמז מתקלת גדולי האחרונים ז"ל וכפי זה בנ"ד שכתוב שנתחייב מעתה ומעכשיו סך ד' אלפים גרוש' באנו למחלוקת הנז' ואף דנותן זה נשבע ע"ז לא מהניא לענין דגל הקי"ל ליורשים כנודע ומתבטל המתנה והוורת ליורשי הנותן

אמנם ראיתי בשטר מתנה הלז דכתוב בו דנתחייבו יורשי הנותן בק"ג ובש"ת לפרוע הסך ד' אלפים לזרעה של המקבלת מתנה ע"כ וכיון שכן אודא להו כח הקי"ל כיון דלסברת הפוס' דהחיוב של נותן מהני והמתנה קיימת הרי הם חייבים לפורען ונשבועה הלזו שנשבעו היורשי' מעתה ארווח לן סברות ומחלוקיות הפוס' דאיכא בביטול מתנה דנא ול"ל לן להעלותן על ס' כיון דמכח הומר השבועה מחוייבים ואם תרצה לומר דע"כ לא אמרו רבני האחרונים דלא דיינינן כסברת מהריב"ל קת"כ שא"כ אלא דוק' בשבועה דהמוציא שבועה מפיו הוא עצמו בר חיובא דהוא המתחייב והוא הנותן גרם שיבא דבא רעהו ונתחייב את עצמו בשבועה לאחר ולקיימה שנתחייב חברו נימ' דבכה"ג מצי טעין דלא נתחייבתי את עצמי אלא היכ' דחברו מחוייב מכח הדין שא ליתא דמלבד דהמום מכחיש דכל לגבי שבועה לא מצי טעין לפטו' את עצמו בטענ' חלושה כזו לא ובדוק במ"ש הרב פמ"א ח"א סי' הביא דבריו הרב חשק שלמה סי' דערב שנשב' לפרוע כו' ואף דהלוה עצמו אינו חייב אלא מכח השבועה ולא מכח הדין דמצי למימר קי"ל גם הערב מחוייב מכח שבועתו הרשוסבכתב מרישא לסיפ' נשאתי ונתתי עם החכם הש' והכולל עמיתי בתורה כמה"ר אברהם הלוי נר"ו והוא סמך עלי דברי פי חכם חן ברם כשאני לעצמי צריך אני למודעי לאוות בנועם אמריו ככל היוצא מפיו מו"ה תנא דבי אליהו מהר"ר אליהו עניו נר"ו ועליה דמרן סמיכנא ועל פיו יקום דבר

הצעיר **אליעזר די טולידו**

ס"ט

אחז"ר ... כהיתום שמעתי דסוג' דעלמא הוא למידן בכל נתי דינין בעירנו יע"א בכל שטרי חוב ושעבוד אף דהוי מטבע לאחשובינהו מפני ממונ' בשופי ואדרבה משום דאלימ' מילת' טובא הוי לישנא דחוב ושעבוד רגילי ספרי דוקני למיכתב כהאי לישנא וכבר עמדתי בפרט הלז במ"א

סימן צח

ראובן דיש לו דבאים גוים מאר' מרחקים מדי שנה בשנה והם ידועיו ומכיריו של ראובן וקונים מחנותו די מחסורם ובהאי מרווח ליה לראובן טובא ובא שמעון וקרא לאחד מיודעיו הנז' של ר' ומכר לו די מחסורו וראובן צוח ככרוכיא על מה ועל מה מקפח פרנסתי ושמעון משיב למוני כמוך ואני רוצה להביא טרף לביתי לשאול הגיעו אי שפיר נמעבד הכי

הנה על נדון זה מפורש יוצא מתשו' הרשב"א דעירוני והביאה מרן סימן קנ"ו תשו' א' דמי שרגיל אצל גוי ותמיד עושה הישראל מלאכתו של גוי ומרוח בזה אסור לאחר להסיג גבולו ומיאין בידו דחשיב כאילו בא לידו דומי' כו' ועו' כיון דהגוי מכירו של זה נעוה הישראל בהנאה דזה יע"ש הרי בהדי' דמחינן בידיה ולא שנקינן ליה דהו"ל כאילו זכה ובא לידו ואיברא דאיכא למימר מתשובתו של הרשב"א הלזו דאיכא תרי טעמי בהא דהייט והוא דמלאכת ההייט אצל עירוני דהיה הולך הישראל למקום מושבו של עירוני ונוטל בגדיו וחפציו ומוליכם ההייט לביתו ומתקנם ועל זה כתב הרשב"א דזה הב' חשיב דבא להסיג גבולו של הראשו' המוגע לראשון שלא יכנס בגבולו של עירוני כאשר היתה באמנ' ובכי האי גוי' דומי' דמצודת דגים דזה השני רוצ' לפרו' מצודתו בגבולו של הראשון וכפי טעם זה בנדון דידן אין בידינו למחות דהא הגוים האלו לחנותו של ראובן הם באים ובחנותו לא חשיב חזקה וכי תימ' הא נמי הוי ההייט בגופו ובממונם של הקונים כגון דא ליכ' למיוף מתשו' הרשב"א . אמנם מה שהוסי' הרשב"א ועו' כו' . נראה דהגם דלא היה הראשון הולך ובא אצל העירוני ליטו' בגדיו וחפציו אלא העירוני בא יבא לחנותו של ישרא' שיעשה מלאכתו עכ"ז מחינן בידיה דשני דהרי זה חשיב כאילו בא לידו דומי' למכירי כהונה דמולי' המתנות אצלו של כהן וכפי טעם זה בנ"ד נמי מחינן בידיה דשמעון דחשיב כאילו זכה ראובן ואסור לשמ' למעבד הכי

וראיתי לה' פ"מ ח"א סימן ל"ט דנשאל על מי שהחזיק לקנות כל המשי הבא לעיר ברוסה ומוכרי המשי הם יודעיו של הסרסור וזה הסרסור הוא לבדו מתעסק בעסק זה ואין זולתו בכי הא לא שייך דינו של הרשב"א ז"ל דכיון דהסרסו' לא יעשה מי המוכרים לבד אלא באמצעים הקונים הוא נעשה והקונים המה מתחלפים בכל יום ויושבני' חדשות הם מותר לישראל אחר להתעסק בסרסרו' הנז' ושוב נרגש ממה שכתבו ג' הרועים דלכ"ע ראוי למחו' להבא להסיג גבולו ורשע מקרי והוא הפך ממ"ש

ותיר' דנדון הרבנים שאני דהוי מכס דהוי מקום קבוע שהראשון החזיק במקום הקרקע ההוא והוי דומיא דעירוני עם ההייט בכי הא הוא דס"ל להרבני' הכי לא כן בנ"ד דליכ' קביעות מקום עכ"ד

ולכאורה יש לעמוד על דברי הרב לפי מ"ש לעיל מזה דלא שייך נ"ד עם הבי' דהרשב"א דהסרסרות אינו נעשה אלא באמצעות כו' ומותר לישראל אחר להתעס' בסרסרות הנז' א"כ איזה מקום מצא הרב ז"ל מנגד לדבריו ממ"ש ג' הרועים ז"ל גם מה שתיר' דנדון הרבנים ז"ל הוי מקום קביעות דומי' דעירוני דהרי כפי דעת מהרש"ך ומהרי"א מקום המכס הבא להסיג מקרי גזלן ומוציאין מידו והבי' דעירוני אינו כן וכמו שהקשה ה' פאת נגב ה"מ סימן כ"ו לדברי הפ"מ תמוהים יע"ש ולדידי כוונת ה' ז"ל נראה דתחילה יישב דלא דמי' נדון המשי עם הבי' דהרשב"א לטעמ' דמכיר דאסור משום דכבר זכה מטעמ' דהקונים מתחלפי' ופנים חדשות ואין מכיר בהם ושוב נרגש ממ"ש ג' הרועים דמודים הרבנים מיהא דמחינן בידיה אף דלדעת מהרש"ך ומהרי"א מקום המכס עדי' מהבי' דהרשב"א דמחינן ולא מפקינן ולדעת מהרשד"ם מקו' המכס הוי כהביא דעירוני מ"מ מדברי כולם למדנו דאסור הבא להסיג הפך ממה שכתבנו דמותר לזה תיר' דהא דאסור היינו היכא דהאחרון משי' גבולו של חברו ומונעו ממה שהיה מוחזק דזה מקרי משי' גבול כנדון הרבנים וכנדון הרשב"א לדברי כולם מקרי משיג אלא דמהרש"ך ומהרי"א ס"ל דגבול מקו' המכס עדי' מעירוני לענין דמוציאין ולדעת מהרשד"ם זה וזה שוין בדינייהו דמקרי משיג ואין מוציאין וא"כ בנדון ה' פ"מ אם היה ענין המשי דהיה לסרסו' חנות וכל מכיריו מוכרי המשי היו מביאים המשי לחנותו של סרסור אזי בודאי דלא היה יכול השני לבא לחנותו של סרסור לקנות המשי מן מכירי הסרסור מטעם הקונים דהרי מני עצין הסרסור כיון דכל הנאתך אינו אלא בהכנס בגבולו לקנות המשי אין לך משיג גדול . וראיתי למהר"ש גאון סימן ז"ן שכתב וז"ל אמנם נראה דאפשר דכ"ע יודו שראוי לגעו' בו ולנזיפה והטעם הוא דהמערופי' הוא מקום מיוחד דבאים הגוים ללות מעות בריבית ואינם גוים מיוחדים אלא היום בא אחד ולמחר אחר והישראל אינו מחזיק לא בנכס ולא בממונם ומש"ה מתירין כו' אבל בנ"ד שהסוחרים הולכים לבית של הגוים המיוחדים לקנות השמר כבר החזיקו בשמרם כהביא דהרשב"א ואינם יכולין להסיג גבולם יע"ש מתברר מדברי מהר"ש גאון הללו דיש חזקה בגופם ובממונם היכ' דהגוים הבאים הם מיוחדים וכהאי' דמערופיא אף דהישראל הוא קבוע במקומו אם הגוים הם מיוחדים אסור לישראל להסיג גבולו יע"ש ואיכא למדחי ולומר דאיסורא בלבד למדנו ועי' לה' פ"מ שם דהעד העיד בנו דמקומותינו אין מקפידין על זה יע"ש נמצ' דדינו של הרשב"א מקום עירוני קושטא לא מחינן בידיה . אלא שנקינן ליה ואזד' ליה מה שכתבנו ברס . נראה דהא לא מכרע' דהא ה' פ"מ עצמו לא עשה עיקר המנהג דהא

שנקינן ליה ואודי ליה מה שכתבנו ברס ג"א"ה דהא לא מכרעא דהא ה' פ"מ עצמו לא עשה עיקר המנהג דהא בחירולה בהירץ לגלון דידיה דלא היה קביעות מקום כתב וכ"ש דאעיקרא דדינא דינו דהרשב"א אינו מוסכם כדכתיבנא לעיל יע"ש ולמה לא האלים שאי קו' גופיה דהא נהגינן התירה ואפי' הרשב"א גופיה מודה ובא דאס נהגו שלא להקפיד ודאי דשפיר מתירינן ליה אלא דאף ה' פ"מ עצמו לא עשה עיקר טעם זה וא"כ כיון דלפי דברי הרב ז"ל האי דינא דהרשב"א הוי מחלוק' הו"ל ס' איסורא כמ"ש מהר"ם גאון שם וה'ברוך אנכ'יל ס"ל'ד דמהוי למחות ולגעו' בו שלא ימכו' על ס' איסור יע"ש

סימן צט

מעשה הוה בר'תושב מתא ברוסא יע"א דבא לפנינו ב"ד מתא קושטא עירנו יע"א קובל ומתרעם על מקצת טייעם בני אדם דהנה הנם מסיגי' את גבולו לידוע לכל באי שער עירו דחזקת הסרסרות רובו ככולו של מתא הנו' הוא שלו ואין לזרים אתו וא"כ על מה וע"מ כל יומא ויומא מלפרא עד רמשא ידם אוחזת להתעסק בעסק הסרסרות ואנן בי דינא השבנו לו מי זה אמר ותהי לחזקת הסרסרות של מתא ברוסא לך לבדך ואין לזרים אתך ויהי כמשיב ראו' הנו' דכבר ישנו בידו פתקא דבי דינא כתוב וחתום מיד מרן הקדוש תנא דבי אליהו עניו ולה"ה דהחזיק בידו בחזקת הסרסרות של מתא הנו' זה כמה שנים וחזרנו ושאלנו לראו' נו' איה מקום כבודו של הפתקא הנו' לראות הדברים במכתב לראות אם אמת יהנה הכך דהמחזיק במעוז חזקתך מורנו הרב ז"ל כספר החזקות הנשוגות ביד המחזיקים דחתימי עלה הרבנים מוסדי ארץ של מתא קושט'עירנו יע"א כאלות וכומרות התורה כל הקרב הקרב להבא לשסיג את גבולו של המחזיק ההוא או אמר וכה דבר דהפתקא הנו' איננה ברשותו אלא ביד הרב מ"ד נו' דשוא ניהו מ"ה נר"ו והנה כבר הוא בא מהתם להכא וישאלו את פיו אם אמת יהנה הכי ועולה לא נמצא בשפתי ובה שעתא גמרנו על דעתינו לשלוח מהכא להתם בדגרות בתי' למע' הו' טובי העיר יע"א דאודיה השמיענו לאותם סיעת בני אדםהבאי' להסיג את גבולו של ראו' הבא בטע' דיש בידו פתקא דבי דינא להזקתו כראי מולק דידם יהיו אסורות בכבלי ס' חרם עד שיקרינו את משפטן לפני ב"ד של מתא עירנו קושטא יע"א ותכף כשומעם אותם אנשים המתעסקים בעסק סרסרו' הנו' שמעו את דברי המוריה ובאו מהת' להכ' להתדיין עם ראו' ובידם מגילה עפה מעולפת ספירים וחתימי עלה מע' הו'טובי העיר ורוב מנין ורוב בנין מכוללות בני העיר הנו' והנה הנם מעידים ומגידים בתוע"ג דלא נשמע מעולם באופן סרסרות של משא ומתן דמסרסר ראובן הנו' דאיכא הזקה דכלמותו כללמו איתיה במה'קושטא יע"א באיזה ג'ארשי דכמה אומניו' וכגון הטקעלר'ים וכמו כן רופיט הג'ואוים ורופיט הו'אב'אירו'ים ושאר אומניות אחרות דוב דרכם לחפש למצוא לוקחים לקנות מאיזה דוקיינ'י איזה סחורה וזה יוצא וזה נכנס וכך היא דרכם של עסק הסרסרות הנו' במתא ברוסא דאין סרסור מיוחד במשאם ומתנם של בעלי החנויות במתא הנו' ולא שייכי ליקרא בשם סרסור קבוע ומיוחד ואנן בי דינא שאלנו את פי אנשים מבני מלע מבני קושטא עירנו יע"א ההולכים מהכא להתם למתא נו' להסתחר דיגידו לנו איך הוא עסק מנהג סרסרות נו' והשינו דעסק סרסרו' מתא ברוסא נו' אינו כמנהג קוש'טא הקבועים בפתחי הסוחרים הלועזים הקבועים במקומותםובטירותם ואין שום סרסור אחר רשאי ושליט לעשות איזה טראטו בלתי סרסור השתח ברש במתא ברוס"א נו' בעניינינו דאינו דמסרסרים כמה בני אדם כמנהג האומניות של כל רופיט ורופיט דאיתיה במתא קושטא יע"א וכמו כן איתיה במתא ברוס"א יע"א ואין כאן שום סרך וזכות להיקרא בשם סרסור ע'כ הגיעו דבריהם של הסוחרים מבני מתא קושטא יע"א ההולכיםמהכא להתם להסתחר והרי זה כמו ששלחו מהתם להכא מע' הו' טובי ורוב מנין ורוב בנין דחתמו כולם להגיד כי יושר דמנהג עסק סרסרו' של מתא ברוסא יע"א הוא ניהו כדמותו כצלמו של עסק הסרסרו' הנהוגות פה עירינו קושטא יע"א בין כל רופי"ט ורופי"ט דמסרסרים כמה בני אדם וזה יוצא וזה נכנס ויהי כשמעו ראו' עדותן של מע' הו' טו' העיר ומרוב בנין וכו' דלא שייך במתא ברוס"א נו' שום סרך וזכות החזקה כלל אזל ואייתיה בידיה זכרון עדות כתוב וחתום מפני אנשים עברים מעידים על נפשם וכו' איך ראו' הנו' החזיק בחזקת הסרסרות של כל פתחי הסוחרים הנמצאים כהיום הזה פה עיר ברוס'א למכור כל הסחורות של הסוחרים מאנ'י פ'אטורה וכדומה וכו' הוא לבדו ואין לזרים אתו וכו' עכ"ד הו"ע וחתימי עלה יוסף טובי ויעקב פאלאג'י ،

עוד הביא ז"ע מגיד אומר איך זה כמה שנים דבא אדם אחד להתעסק בעסק סרסרו' ובא ראובן להתדיין לפני הרב מ"ד נר"ו ותבא דינא דזכה ראו' ואין שום אדם יכול להסיג את גבול חזקתו וחתימי עלה יאודה פראג קו ונסים פאלאג'י עכ"ת דברי הו"ע השני באופן דאיכא תרי כתי סהדי דמכחישים להדדי אי ראו' אתי ליה חזקת סרסרו' במתא ברוס"א ואין לזרים אתו הו לית ליה לראו' חזקת סרסרו' מיוחדת לו לבדו אלא עסק הסרסרו'היא פרוצה לכל בני מתא דזה יוצא וזה נכנס דמאן דבעי עייל ונפיק ולית דימחא בידיה כלל

ועתה אבוא לבאר שורת הדין להיכן הדין נוטה אלא במילתא כדנא בגוונא דנ"ד אית לן להאריך קצת כדי לבא אל עיקר הדין והוא דשאל שאלתי להרב מ"ד נר"ו מ"ה של ראובן בבואו מהתם להכא אם אמת יהנה הכו של ראו' התנו דאיתיה בידים דמר ניהו רבה הפתקא של מרן מלכא תנא דבי אליהו זלה"ה דהחזיק במעוז חזקתו של ראו' התנו דכה ביטה בשפתיו דהפתקא הנו' הרי הוא בבית גנזיו של כת"ר נר"ו ויהי כמשיב הרב מ"ד מ"ת של ראו' דהבל יפצה פיהו של ראובן התנו נו' דלא בא התו' הרב הגדול זלה"ה על חזקת התנו דלא נשאל על זה כלל אלא דזה ימים ושנים שלחתי לפרי הגדול

הגדול ז"ל על מעשה שהיה דר׳ החזיק במקום אחד בעסק סרסרות ובא שמעון להסיג את גבולו בטענה דמאחר דבאים גוים וגם הם מתעסקים בסרסרות שם א"כ לקתה מדת הדין כו׳ וע"ש באה תשובת הר׳ ז"ל דאין טענת ש׳ טענה ואינה מועילה לפום דינא אלו דברי הרב ז"ל ומזה דנתי לעובד׳ דנא בסרסרות ר׳ התני דאין לגרים להסיג את גבולו דהא שייך חזקה במת׳ ברוס"א יע"א בעסק סרסרות ואנא נכספתי נומיתי לו דמה דמות יערוך כת"ר נר"ו לדון דשייך חזקת סרסרות במת׳ ברוס"א כו׳ מתשו׳ הרב ז"ל דאם היה היה דשאלת כת"ר נר"ו להרב ז"ל אי שייך חזקת סרסרות במת׳ ברוס׳א כמנהג קוסט׳א יע"א או אין חזקת סרסרו׳ במת׳ ברוס׳א דומיא דמתא אזמיר וע"ז היתה תשו׳ הרב ז"ל דדינא הוא דמעכבים ביד שמעון הגם דבאים גוים ומסרסרים וכמנהג קוסט׳ יע"א אוי כביר מצאה ידו של כת"ר נר"ו להחזיק במעוז חזקתו של ר׳ התנו האמנם מאחר דשאלת כת׳ר נר"ו לא היתה בר׳ דהחזיק בפתח סוחר אחד ובא ש׳ להסיג את גבולו בטענה דבאים גוים כו׳ וע"ז באה תשו׳ הרב ז"ל דאין טענת ש׳ מועילה לפום דינ׳ א"כ ליכא למילף מתשו׳ הרב כלל דמאחר דספרין פתיהו בהני ספרי דבי רב דכך אורחייהו של כל בעלי תשו׳ להשיב לפי הגנון השאלה המוצגת לפניהם דעליה בנה יסודו השואל וכיון דכת׳ר נר"ו סרטט וכתב בכת׳ הבהיר לפני הרב ז"ל על ר׳ דהחזיק בפתח אחד כמדבר על הידוע שפיר שייך תשו׳ הרב ז"ל דאין טענת ש׳ טענה מאחר דרו"ס כת׳ר נר"ו השואל פשיטא ליה דאיכא חזקה במת׳ ברוס׳א כו׳ אלא דשבא להסיג בא טעון דמאחר דבאים גוים כו׳ א"כ לקת׳ מ"פד כו׳ אז אין להנשאל להשיב אלא דאין טענת ש׳ מועילה לפום דינ׳ וכנו׳ א"כ כת"ר נר"ו מה שמועה שמע לדון בעובדא של ר׳ התנו מתשו׳ הרב ז"ל וכאמור

ועוד דאעיקר׳ דמילת׳ לא שוו בטעמייהו דעדוחן של מע׳ ז׳ טובי העיר הוא דחזקת ר׳ התנו אינו כשאר פתחי הסוחרים דהמחזיק קבוע ומיוחד שם ואינו כשאר הסרסרות של כל הומנות דכל רופ׳יע ורופיע דזה יוצא וזה נכנס הבר מטעם זה לא חלו בה ידים להקרא בשם חזקת סרסור א"כ הנה הנם מע׳ ז"ט העיר מודים דישנו האמת כאפשר דאיכא חזקת סרסרות בפתחי הסוחרים כמנהג קוסט׳ עירינו יע"א ומת׳ ברוס׳א יע"א באמ׳ דהיא נגררת במילת׳ כדנ׳ בהר קוסטא יע"א ולא כמנהג מתא אזמיר יע"א אלא דרב המרחק לחזקת ר׳ התנו ולא ראי זה כראי זה א"כ מה דאות יערוך כת"ר נר"ו להשוות דינייהו ולהחריש את הבאים לסרסר במקומותם ובעירותם של כל רופ׳יע ורופיע של כל אומנות דאיתי׳ במתא ברוס׳א יע"א ועוד זאת יתירה נומיתי לו דרך ידיעה לו לכת"ר נר"ו דזה כמה שנים דהיו במעמד אחד הרב עליון זלה"ה ואתו עמו הרב מהר"ח פ׳יריסקו ז"ל ושם נמצאתי ושם הייתי באותו פרק באותו מקום והיינו נושאים ונותנים במילתא כדנא של בני חזקי של פתחי הסוח׳ הלועזים והוה ממלל רברבן הרב עליון ופה קדוש פתח את פיהו וכה אמר להרב מהר"ח פ׳ריסקו ז"ל אין ספק דלא תיקנו רבנן תקיפי ארעא חלקם בחיים והחזיקו במעוזם על המחזיקים בהני פתחי הסוחרים הלועזים אלא דוקא לפי דורם דכל משאם ומתנם של הסוחרים הלועזים לא הוה אפשר למעבד אלא דוקא על ידי סרסורי ישראל ולא ע"י גוים יען דלא היו הגוים בקיאים בעסק סרסרות

ברם עתה בדורינו דהנה הנם שקטי׳ ושאננים ויתבי כחתר טב דיתיב על דורדייה והחכמה והמדע נתנה להם ובקיאי בטיב משא ומתן של עסק הסרסרות וכל היכא דאנן בי דינא מחזיקין באחינו בית ישראל היושבים על פתחי הסוחרים הלועזים לקיים הזקחן שלא יסיגו את גבולם שום בר ישראל אדרבה הוא פוקה ומכשול לעדת בני עמינו דגם המה הסוחרים הלועזים מחזיקים את עצמם ואינן מניחים לקרב אל פתח ביתם שום רגל מישראל לעשות איזה משא ומתן ולסרסר איזה סוחר דיש בפתחו איזה סרסור ישראל נועלין גוים לסרסר בפתחו כדי לקפח פרנסתו של ישראל כאשר עתה המספחת בעירינו קוסטא יע"א ועל ידי זה הסרסור ישראל לא עייל ונפיק בפתח הסוחר שלו מאחר דאין הקומץ משביע לשלישו ולרביע להביא טרף לביתו וזהו החסיד שבאומות דהסוחרי הלועזים ויש סוחרים לועזים דהפה מלא גוזרים על הסרסור ישראל דלא יקרב אל פתח ביתו והן בעון כמעט קט לא נשאר מסרסו׳ ישראל הנכנסים ויוצאים בפתחי הסוחרים הלועזים אלא תרי מתאה ונער יכתבם ועמא דישראל אזלא ודלדלה ובה שעתא עלתה הסכמתם של מעלת טובים השנים הרב עליון ומהר"ח פ׳ריסקו למאותו יום והלאה אורה השמיענו שלא לאמר ולקיים שום כתב ומכתב מהני חוקי של פתחי הסוחרים כאשר היתה באומנה ע"כ היתה משאם ומתנם דנשאו ונתנו מע׳ הרב עם משנהו הרב מהר"ח פ׳ריסקו

ואנא נפשאי ראה ראיתי לדבר ה׳ בפיהו אמת של מ"ור ז"ל דכך מצאתי ראיתי להרב חק"ל ח"א ח"מ סי׳ ל"ד דק"ך ע"א דהקר להבין דע"מ וע"מ לא שוו בדינייהו בהאי מנהגא בדיני פתחי הסוחרים הלועזים בין מתא אזמיר יע"א להני תרתי אתרוותא מתא קושטא ומתא שאלוניקי יע"א דבמתא אזמיר יע"א לא יהבי חזקה לסרסורים המחזיקים בהני פתחי הסוחרים הלועזים האמנם במתא קושטא ומתא שאלוניקי יע"א דייני דמאשרים ומחזיקים חוקי פתחי הסוחרים המחזיקים בהם דשום בר ישר׳ אל יבואו שום איש זר ליקרב על עסק סרסרות הנו׳ וכתב הרב חק"ל וז"ל וכד סוינן בה כו׳ דענין סרסרות הסוחרים בקושטא ובשאלוני׳ יע"א רובו ככולו הוא ע"י ישראל דאין הגוים בקיאין כ"כ ואף אם הסוח׳ הגוי עלה ברצונו ליקח גוי לסרסו׳ בפתחו מאחר דאין הגוים בקיאים בעסק סרסרות וגם שאר הסרסורים ישר׳ עומדים כנגדו אינו עולה בידו וסוף שיחזור בו אשר מטעם זה דייני דייני חוקות בפתחי הסוחרים משא"כ במתא עירינו אזמיר

אזמיר יע"א דרבו כמו רבו בעונות כמה וכמה סרסורי גוים ואם הסוחר הגוי רוצה ליקח ישר' אחר לסרסר בפתחו אם באים אנו לעכב לשום בר ישר' יקח הסוחר גוי אחר לסרסר בעסקו ונמצא דאנו מפסידין לישראל הנ' בכדי עכ"ד הרב ז"ל ·

הרי אתה רואה בעיניך דאסבר' לן הרב ז"ל דאין הכי פרש והבדל לפום דינא בין הני ג' מקומות הללו אלא הכל תלוי בין בקיאות הגוים דבאתר' דמתא דאזמיר יע"א הגוים דבאותו מקום הנה הנם חריפים ובקיאים בטיב עסק הסרסרות היטב ולא צריכי לשום בר ישראל אשר מהאי טעמא אין אנו מפסידין לשום בר ישר' בכדי האמנם בהני תרי אחרות' קושטא ושאלוניקי יע"א הטעם דמעכבין ביד הסרסור השני משום דהבא להסיג בודאי מפסיד לישר' הראשון דלא אפשר לסוחר לישא וליתן אם לא ביד ישר' באמצע דהא ליתיה באפשרות ע"י סרסורי גוים דשא לא בקיאי ואם יעלה בדעת הסוחר ליקח גברא בחריקי של ישר' והוא גוי מפסיד עסק משאו ומתנו ומעתה עינא דשפיר חזי מרן מלכא תנא דבי אליהו זלה"ה ומשגבו הרב מהר"ח פ' ריסקו דאיזראוי והגון להחזיק בשום כתב ומכתב הבא לפני ב"ד לאסר ולקיים חזקת המחזיק באיזה פתח הסוחר דזהו פוקה ומכשול לעד' בני ישראל דמאחר דבאנו לידי מידה זו דהן בעון שחתנו סדרי בראשית הביטה וראה מה איכ' בין דורות הראשונים לדורות אחרונים דעתה רובו ככולו הנה הגוים יותר ויותר בקיאים בעסק אופן הסרסו' מעדת ישר' אם כן אם הסוחר גוי נתן עיניו באיזה ישר' וקרא זה אל זה דינא ויש' ויתן לסרסר בפתחו אנו מפסידין בידים של ישר' הנ' בכדי ומה נמלכו אמרו' טהורות של מע' הנ' טובי העיר מת' ברוס'א נו' דבאו במכתב מכתם להכא דהן ידיע להוי לרו"ם מע' של בי דינ' רבה אי עלו בדעתם לתת פתק' דב"ד לר' דאיכ' הוקם במת' ברוס' יע"א בודאי הגמור דהדברים מגיעים באזניהם של הסוחרים הלועזים ופוסקים לאיותנו של עם הקהל דאין מניחים לקרב אל פתח ביתם שום בר ישר' לעסוק באיזה מש' ומתן לעשות איזה סרסרות מטעמ' דקדמה להו ידיעה דאם איזה אחד מבני ישר' יחזיק באיזה פתח של איזה סוחר הדת נתונ' כפי נימוסדאינו רשאי שום בר ישר' לעשות איזה משא ומתן באותו פתח של אותו הסוחר הן לעשות איזה סרסרות והן לקנות איזה מקח בלתי ידיעה הסרסור הקדום וזה דבר הגורם נזק והפסד בעיקר המש' ומתן ובכל יום ויום מתמועט והולך קרנ' ופירי מיגיע כפינו ולכן אין ראוי ליקרב אצל קורתינו שום בר ישר' באופן דלדקו דבריהם של מע' הנ' טובי העיר מת' ברוס'א יע"א דכמניעת לעכב ביד הבא לעשות איזה סרסרות כויא פסיד' בכדי וכאמור

וכי תימ' אבני' האי טעמ' להבא מחדש להחזיק באיזה פתח הסוחר האמנם היכ' דקדמ' ליה מקדם קדמת' לאיזה סרסור דהחזיק כבר חזקה אלימת' כראי מוחזק באיזה פתח סוחר אחד לו יהיה דאין לב"ד לתת לו ראיה דהחזיק אבל אין פה ב"ד להפקיר זכותו ולהתיר לאחריני בקום עשה אלא דאין נזקקין ב"ד לדון בדיני חזקה פתחי הסוחרים וכיון דכן אם האמת נג"ד דר' כבר שהזיק ככת המעידה וכגם דאיכ' תרי כתי סהדי המכחישין זה את זה · לכאורה יש לדון דמאחר דלכת המעידה דהחזיק ראו' איכא חרם להבא להסיג את גבולו א"כ ה' חרם להחמיר

הא לא מכרעה בגוונ' דנ"ד דהא כתבו הראשו' ז"ל דכל היכא דאיכא תרי כתי סהדי קמן המנגד זה לזה ואיכא אנפא לפרושי סהדותייהו אפי' באנפי דהיקי כי היכי דלא לסתרו דבריהם מפרשינן וא"כ אנן דידעינן דהרב מ"ד נר"ו מ"ח של ראו' מיהה ביד הבא לסרסר נגד ראו' אתנו וזה נוסח הפתקא דנתן הרב מ"ד נר"ו ביד ראו' אתנו הגדתי היום כן בפני הבא יעה"ח באו לדין ראובן שאבן אתני עם הר' אברהם שהג"ים על אודו' חזקת סרסרו' שיש לאתני בפתחי הסוחרים ושבעלי החנויות והר' אברהםנו' נכנס בעסק הסרסרות נו' ודינא קא בעי אתני ואמרתי להר' אברהם נו' דאסור להסיג את גבולו כי כן שה"ל מחייבת כי ע"כ עיני בנ"א מע' דייני וכו' המה יעמדו וכו' להוציא לאור משפטו של אתני ויכופו כאגמון ראשו של ה' אברהם נו' וכו' הצעיר אליהו יוסף שלטון ועוד סמיך עליה דוכרן שהדותא הבא אחר הפתקא הנז' וזה נוסחו בש' ישר' כו' על נפשינו וכו' איך אכ' ומיד שבא הר' אברהם שאגים לעשות סרסרות בא הר' ראובן שאבאן קובל ומתרעם לפני מז"ה עט"ר נר"ו על ענין חזקתו ועל מה ששמענו באזנינו וראינו בעינינו חתמנו שמותינו יעקב פאלאג'י אברהם ן' לור

הנה נתברר בירור גמור דעיקר סהדותייהו של הדוכרן סהדותא דהביא ראובן דהחזקה הוא שלא היינו מטעמא דכן ראו בעיניהם דבאו לפני הר' מ"ד נר"ו מ"ח של ראו' והר' אברהם שאגים לדון ואלא דינא דלא מצי אברהם שאגים לעסוק בעסק סרסרות ומאחר דכבר כתבנו דכל חיליה של הרב מ"ד נר"ו אינו אלא מכח תשו' הרב עליון זלה"ה דהסיב לפי סגנון השאלה וכאמור למע' דהרב מ"ד נר"ו מאמרו היה על ראו' דהחזיק כו' ובא שמ' להסיג כו' בטענה דאיכא גויה ומינה דן הרב מ"ד נר"ו לדון בחזקת אתנו באופן דלאו מר הרב עליון זלה"ה אתים עלה בחזקת אתנו וסהדותייהו של הכת הזה דהחזיק ראו' אתנו אינו אלא מחמת הוראה שהורה דראו' אתנו זכה בחזקתו ועל הוראה הלזו סמכו סהדותייהו לסעיד דראו' אתנו אית ליה חזקה בסרסרות ואין זר איתו ועדותן של מע' הו' טובי העיר ורוב מנין ורוב בנין של בני מתא ברוסא יע"א הוא דעסק סרסרות הלזו דזה יוצא וזה נכנס לא אלו בה ידים להיקרא בשם סרסרו' ומתברר מדברי עדותן של מע' הו' טובי העיר דלעולם ישנו תחת האפשר דאיתיה במתא ברוסא יע"א חזקת של הני פתחי הסוחרים הלועזים כמנהג קושטא ושאלוניקי יע"א ולא כמנהג מתא אזמיר יע"א אלא דמאחר דהן רבים עתה עם הארץ במקומות הללו ורבים יוצאים ונכנסים לסרסר כלמותו ככלמו של כל רופינ ורופיט הנקובים בקושטא עירינו יע"א דאין דנים בשם דין חזקת סרסורות

סרסרות ואין מיוחד אדם קבוע כמנהג הני פתחי השווקים בלועזים א"כ לא שייך לומר דיהא ראוי בעל חזקה וממילא ליכא הכחשה בינייהו כתי סהדי כלל

ועוד יעלה על דעתי למימר דלא יהיה דיינינן בהני תרי דוכרן סהדותא דאית תיובתא בינייהו ואיכא הכחשה והבדל בינייהו וא"כ באנו למחלוקתן של הראשו' ז"ל אי תרי ותרי הוי ספיקא דאורייתא או ספיקא דרבנן הרי אמרו בכתובו' דכ"ב ע"ב גבי ב' אומרים נתגרשה וב' אומרים לא נתגרשה אם נשאת לא תצא ופריך מכדי תרי ותרי נינהו והבא עליה באשם תלוי קאי ואוקמה ר"ש כגון שנשאת לאחד מעידים ע"כ הנה לאגמורי מסוגייא הלזו דכל היכא דאדם הבא בטענת ברי דכל לגבי דידיה ליכא שום איסור בדבר והבא יפלה פיהו שכח המגדת הבא להעיד לאיסורא אין כח ביד ב"ד להוציאה מתחת ידו דיגרשנה מאחר דאין לבו נוקפו ומינה לנ"ד כיון דהנה הנם הבאים לסרסר במקומות הנז' דכל לגבייהו לא שמא הזקה נאחר דרבים מעמי הארץ נכנסים ויוצאים ומסרסרים שם כמנהג מתא מחסיה קושט' רבתי יע"א זה דרכם של כל בני מתא' דלא השני חזקה למחזיק אלא כעין פתחי השוק' שלועזים דלית ביה רשות' לשום בר ישר' לבא בגבולם דהמחזיק ידוע ומפורס' דבלעדו לא ירימו את ידו האמנם באומנו' של כל רופ'יט ורופ'יט דאיכ' במתא' לא אמרו שום אדם דאיכ' חזקה דהא לא קביעי

והרואה יר' דעדיפ' נ"ד מסוג' דנשאת לאחד מעידיה דשם לא נשאר לבעל המעידה להעיד אלא עד אחד וכ"ש היכא דנשאת לגבר' אחריתי דבא ואמר דשם נמצאתי ושם הייתי כשנתגרשה אתת' דא מתחת בעלה דלא תצא ומשום חדוש' נקיט לה תלמוד' דנשאת לאחד מעידיה דלא חשו חכמים לדבר זה וכמ"ש התוס' שם וכבר הר"ן בהלכות שם הביא ס' ר"ח דפי' הסוג' דמיירי בדאיכ' ג' עדים דהוו תרי בר מזה דנסב' יע"ש ובנ"ד הא איכ' כמה וכמה סהדי דמעידים ומגידים איך מילת' כדנ' של חזקת סרסרות של ר' לית בה ממשא ולא השם

שום חזקת סרסרות

וכי תימא עדין ליכא למילף מסוגייא הלזו דנשאת לאחד מעידיה אלא לענין דלא תצא דכבר נעשה המעשה דהיינו דיעבד אבל לכתחילה לא וכדתני בברייתא בהדיא ב' אומ' מת כו' לא תנשא וכיון דכן אם באנו למדה זו להביא ראיה מסוגיא הלזו לנ"ד רב המרחק דהא סייעת בני אדם דהנה הנם המה הבאים לסרסר במתא ברוסא יע"א נקוף עשה הם באים לעשות נגד הדוכרן סהדותא המעידין דראו' כבר החזיק במתא נז' וזר לא קרב המעיין יראה דהא לא מכרעה דע"כ לא אמרו שם בתלמודא דלכתחילה לא עבדינן עובדא אינו אלא מטעמא דכבר אתחזק איסורא מהיותה נשואה כבר לבעלה והש' הוא אי הותרה גרש בנ"ד דהש' אינו אלא מעיקרא אי חל החרם של רבנן תקיפי ארעא דהחזיקו במעוז המחזיק או לא חל החרם א"כ בכי האי גוונא אף לכתחילה עבדינן עובדא כל היכא דבא לסרסר במקומות הנז' אין לבו נוקפו כלל ולא תימא דהא תנרא בגלה דהא אמרינן שם בברייתא ב' אומ' נתקדשה וב' אומ' לא נתקדשה לא תנשא לכתחילה הרי מבורר דהנם דלא אתחזק איסורא אלא אדרבה אתחזק התירא דיינינן בה דלא תנשא לכתחילה ולא מפליגינן בין אתחזק התיר' לאתחזק איסור' הא נמי לא מכרעא דהרואה יר' להתוס' שם דכ"ג ע"א ד"ה תרוייהו כו' דכתבו דמאי דלא תנשא לכתחי' היינו משום דסוג' מיירי נזרק לה קדושים כו' דאיכ' תרי סהדי בזריקה אשר מהאי טעמא דיינינן דלכתחילה לא יע"ש וכ"כ הר"ן ז"ל דמאי דאמרינן דלא תנשא לכתחילה היינו דיש כאן שני עדים בזריקת הקדושין ועבידי אינשי דטעי בקרוב לה דחיישי' שמא בשעת זריק' הקידושין שניהם ראו דקרובין היו לה אלא דעכשיו טועין ע"כ וכ"כ הגהות אשרי ז"ל שם ויע"ש בדברי הראשונים שמעינן מזה דהיכא דליכ' זריקת קידושין אלא שנים אומרים נתקדשה וב' אומרים לא נתקדשה לכת הפוס' דהוי"ה ספיק' דרבנן דאזלינן בתר חזקה קמייתא א"כ תנש' לכתחי' ומינה ברייתא' דלעיל דתני לא תנש' לכתחי' הוא מטעם דאתחזק איסור' לשיטה הלזו

ואף אם תרצה לדחות ולומר דעדין ליכא למילף מהכא לענין נ"ד להתיר אף לכתחי' דרב המרחק דשאני התם דמסייעא להכא האומרת דלא נתקדשה חזקת הגוף דפנויה דמעיק' לא כן בנ"ד דליכ' האי טעמ'

הא נמי לא מכרע' דמאחר דלא ברירה מילת' אי שייך חזקה במת' ברוסא יע"א כעין חזקת ר' נמצ' דגם לר' לא ברירה ליה חזקתיה וא"כ דמיא למאי דאמרינן התם ד"ך ע"א גבי עובד' דבר שטיא דלא אמרינן אוקי תרי כו' אלא דוק' דמעיק' היה לו לבר שטיא חזקת אבהתיה דירשם מאבותיו אבל אי לא בריר לן דאית ליה חזקת אבהתיה וכה הלוקח יע"ש בהרי"ף והרא"ש והביאו הא דינ' מרן ב"י ח"מ סי' רל"ה תרי בסדי' דאף בממונ' דאמרי' ת"ות לא דיינינן אלא היכא דאתברר לן דאתחזק מעיקר' התובע חזקה ברורה ואלימתא אבל היכ' דלא בריר לן אי אתחזק התובע המערער או לא אתחזק שגם דעד עתה היה הוא המחזיק בקרקע אמרינן שמא בעודו שוטה זבן מאחריני ומעתה גם בנ"ד מאחר דחזקת סרסרות הלזו שאנו דנין עליו רפיא היא ביד ר' המערער וכאמור אין לכופם להני סיעת בני אדם העוסקין בעסק סרסרות

ואחר החיפוש ראיתי למהרא"נ"ח ח"ב סימן מ' דנשאל על ש' דהיה קובל ומתרעם על ר' דמכר לו חנות אחת ע"י שבועה דהשביעוהו לראובן על קיום המכר ועדים מעידים כדבריו האמנם ר' כופר דלא השביעוהו על קיום המכר ומייתי סהדי דהעידו כדבריו דהיו באותו מעמד ולא היתה שם שבועה כו' והשיב וז"ל ונר' דכיון דעדים מכחשים אלו עם אלו וראובן עומד בחזקת שלא נשבע אין לנו לכופו על קיום השבו'

שבועה ואע"ג דאפי' ללישנא בתרא דאמ' תו"ת ס' דרבנן וכו' מ"מ מידי ס' דרב' לא נפיק מ"מ כל שהוא אומר ברי"א לי אין לנו לכוף אותו דהא אפי' בא"א אם נשאת לא תצא אע"ג דלא קיימא בחזקת היתר כ"ש היכא דקיימא בחזק' היתי' כנדון שלפנינו דלא מחמירינן ביה עכ"ל הרי שדן הרב ז"ל בנדון דידיה דכל היכא דאיכא תו"ת ושכנגדו טוען דאינו עושה שום איסור דכך ברירא ליה אין ב"ד מוחין בידו משום ס' איסור שבוע' מאחר דבא בטענת בריא דכל לגבי דידיה אינו עושה איסור ומינה גם בנ"ד מאחר דהנה הנם סייעת בני אדם באים בטענת ברי דאין לו חזק' סרסרות לראובן במתא ברוש'א יע"א וכך ברור לן אין כח ביד ב"ד לכופם שלא יעסקו בסרסו' במתא ברושא יע"א יען דלדידן איכא ספיקא דדינא דמאחר דלא אזלינן אלא בתר דידהו והינהו אמרי דידעי בבירור דאין שום חרם של רבנן ותקני ההסכמו'

האמנם עמדתי כעת להורה על הרב ז"ל דאמאי לא הביא הרב ז"ל שמתי לדיק סוגייא דבר שטיא הנז' דמהדרר משם דכל דליכא חזקת אבהתיה מוקמי' השדה ביד הלוקח הגם דמעיקר' היה משמש בקרקע הבעלים הראשונים דהיינו בר שטיא וכ"ש וק"ו בנדו' הרב ז"ל דהבעלים הראשונים היה ראו' בעל החנות והיכא תו"ת דמוקמינן החנו' ביד המוכר דהוא ראובן ואפ' דמאחר דבאיסורא קאי הרב ז"ל לא איירי אלא הכי"א דאם נשאת לא תצא משום דטוען ובא ברי לי דלא מפקינן מתותי ידיה שהגם דהוי מילתא דאיסורא וכבר ראיתי למוהרחנ"ה ז"ל דנשא ונתן הרב ז"ל בזה ואין הפנאי מסכים להתנסם מתורתו באופן דמהאי טעמא אף אם נאמר דהני תרי דוכרן שהדותא מכחשי אהדדי ואיכא ספיקא קמן הי איכא חזקת סרסרו' או לא דהי איכא חזקה לראו' הבא להשיג גלגל ברשת החרם והי לית ליה לראו' חזקה לית כאן שום סרך איסור וביה אפ' לדון דמאחר דאיכא ס' חרם היה לן לומר ס' חרם להחמיר הא לא אמרי' כיון דהבא לדון בא בטענת ברי דאין כאן חזקת סרסרות ולדידן לא ברירא לן דיינינן ביה דהגם דהוי מילתא דאיסורא מאחר דאין לנו נוקפו מפקינן ליה

ועוד נר' דאיכא טעמא אחריתי דהא כתבו התוספו' שם דכ"ו ע"ב ד"ה אנן וכו' דכיון דקי"ל תו"ת ס' דרב' ומדרבנן החמירו דלא מוקמינן לה אחזקה בתרומה דרבנ' הקלו ע"כ וז"ל הר"ן ז"ל אפש' להקל ולומר דכי אמרינן היינו דוקא באיסור א"א אי נמי לעבודה אבל בתרומה אפי' דאוריי' לא החמירו אבל אחרים אומ' דכיון דמ"מ מידי ספיקא דרב' לא נפיק מחמרינן בכל איסורי תורה וכו' אבל באיסורין של דבריהם מקלינן וכן דעת הרשב"א ז"ל ע"כ יעו' שם בדע"ב ע"ד וכבר הרב מהרא"נ"ח ז"ל רמז סברה הלזו לחלק בין איסור א"א לשאר איסורין וכתב ואיסור שבו' אע"ג דאיסורו חמור נר' דאין לדמות אותו לאיסור א"א דחמירא כו' ע"כ וע' להרב כפונת עולם בת'סי' ס' דס"ו ע"ד לעמד ע"ד מהרא"נ"ח הללו יע"ש

ברם בהאי ס' דבאיסורין דרבנן מקלינן אפי' לכתחילה בתו"ת היא סברא מוסכמת הגם דאינו בא בטע' ברי לי וכשהיא דתרומה דרבנ' אף דהאוכל אינו יודע אם הוא פסול או כשר וכ"ש היכא דטוען ברי לי

והנה בהני פתחי הסוחרים הרב פאת נגב ז"ל ח"מ סי' ט"ל דל"ו ע"ב הביא לן לשון ההסכמה דהסכימו רבני קוש'טא בהני חזקי של פתחי הסוחרים דאם מת הסרסור אין יורשיו יורשים וכוח חזקתו כשאר נכסי המורישים אלא דהשהבניה בן הוצרכו לומר דיהא לבן חזקה וכן לחתן עד כל החתנה וכו' ואין כתובה וג"ה גונים חובה מזכות החזקה אלא לענין האלמנה תיקנו מחיטול בשנה ראשונה יע"ש גם ה' ידיו ש"מ ז"ל ח"מ סי' ט"ז כתב וז"ל ואע"פ דנראה מהרבנים הקדמונים ז"ל מתקני החזקות אלו של הסרסורים דלא סמכו על סברת מהרי"א ן' מאג"י מדהוצרכו לבא מכח התקנה ועוד דפירשו בתקנתם דיורשו בנו או חתנו משמ' אבל שאר יורשיו לא וה"א דהוי מדינא אין חילוק בין יורש ליורש ע"כ הרי דמלשון ההסכמה של רבני עירינו קוש'טא יע"א פשיט להו לרבני דורינו הר' פאת נגב וה' ידיו של משה ז"ל דאין זכיית הסרסור בפתח הסוחר וכיה מדין תורה וכמו דמפו' יוצא בל' התקנה ויעויין לה' ידיו ש"מ ז"ל שם סי' א"ך דמ"ג ע"א שכתב וז"ל דכבר כתבו האחרו' ז"ל דאין להם דין ממון לסרסור המחזיק וכו' אלא דוקא משום גזרת הרבנים ז"ל דנתנו כח וחזקה להמחזיק וליכא אלא חומרא דרבנן וכו' וא"כ ראו' זה דטוען ברי לי דאיני עובר על החרם וכו' כל כה"ג לא מחינן בידיה דהוא יחוש על עצמו וכמ"ש מהרא"נ"ח עכ"ל הרי דברירא ליה להרב ז"ל דמאחר דהזק' הסרסור בפתח הסוחר אינו אלא מכח תקנתא דרב' אם בא בטענה ברי דאינו עובר על החרם לא מחינן בידיה

ואל הקשה ממש"כ ה' ידיו ש"מ ז"ל שם סי' ל' בסוף התשו' וז"ל ועוד דכל מנהגי העיר הזאת הוא עפ"י הרבני' בהותרות ואלות החו' ונכנס בס' חרם וכ' הרשב"א דס' חרם להחמיר כו' וא"כ איפש' לנפרעים ממנו הטוב יע"ש דרב המרחק בין ס' דמציאות לס' הבא מכח ספיקא דדינא דנחלקו הפוס' ז"ל דהתם בסי' א"ך הדבר תלוי במציאות דבא בטענת ברי שלא הוה המעשה כן וכפי דעתו אין כאן ס' חרם אבל בהביא דסי' ל' דאין הדבר תלוי בטענתו מכח ספקא דדינא דנחלקו הפו' ז"ל היכי הוי דינא דהא אינו תלוי בטענתו אלא היכי הוי דינא ומינה בנ"ד מאחר דאפי' בחזקת פתחי הסוחרים דמיוחד הבית הסרסור דמדינא דאוריי' אין כאן וכיה אלא מכח תקנת הקדמו' רבנן תקיפי ארעא ז"ל דהטילו חרם על כל המשיג חזקתו של הסרסור הקבוע בפתח הסוחר. א"כ שמי בידייהו של הני סיעת בני אדם לבא ולסרסר שם במתא. נו' מאחר דאפי' לפי טענת ראובן אינו אלא מכח התקנה של הקדמונים ז"ל א"כ מלו אמרו ליה הא תינח אם חזקתך ברורה בלתי שום ערעור ידך תקיפה עלינו לעכב ברם מאחר דחזקתך רפויה דהא אית בידן דוכרן סהדותא דמעידין רוב מנין ורוב בנין של מתא ברוש"א עלמה דאין חזקתך חזקה והגם דלעומת זה איתי בידך כח של דוכרן סהדות' המנגדת דמבטלי

למשכרי דאית לך חזקה גמורה כו' מ"מ איתרע חזקת' דהו"ל ת"ות ועלי"ה דידן רמיא לחוש לס' הרס. דהא ברירא לן דהאמת נמה שהוא אמת דהכי הוי אופן סרסרות מתא עירינו יע"א דזה בא וגומר סרסרות מקח אחד והגרו בא וגומר סרסרות מקח אחר וכוי' כדמותו כצלמו של מתא קושטא רבתי דאיכא בכל רופ'יט ורופ'יט מהאומנו' הקבועין בכל מקום ומקו' של הגאדר'יש הנקובין בשמות דזה בא וגומר סרסרו' א' וזה יוצא וזה נכנס א"כ לית דימחא בידן כלל

אלא דלכאורה איכא למשדי נרגא בזה שכתבנו להצילם מס' הרס דאינו אלא בהנחה מונחת דחזקת בהני פתחי הסוחרים אינו אלא מתקנ' רבני קושטא עירינו יע"א דהוי ת"ות במילת' דרבנן וכמו דפשיטא להו להרב פאת נגב ולהרב ידיו של משה לבני גדולי דורינו במתא קושטא עירינו יע"א היושבים על כסא ההוראה דהכי הוו דייני דייני בהני פתחי הסוחרים וכן אנן בי דינא הכי דיינינן דמי שמת ולא הניח בן יורש נחלתו הגם דשאר יורשי' זכו בנחלת מורישם · מ"מ בזכות חזקתו של מורישם כל הרוצה ליטול זוכה ולית דימחא בידיה כלל דזה הוכחה דאין למורישם זכיה מד"ת אלא מפני התקנה האמנם מה שעומד לנגדנו הוא תשו' הרב בני אברהם ח"מ סי' ע"ט כתב וז"ל דהני חזקות של פתחי הסוחרים יש בהם משום גזל כמ"ש הרש"ך ומהרי"א והרב פ"מ ומהר"א ן' שאנג'י כו' והטעם לכל זה כמ"ש הרב פ"מ דכיון דהוי מקו' קבוע הרי זכה בקרקע ההוא כמו דקל לפרותיו כו' יע"ש

הנה רואה בעיניך דפשיט ליה להרב ב"א ז"ל דדין גזלן גמור אית ליה דמד"ת זכה המחזיק ולפי דבריו דדימה אותו למקו' המכס מינה תורה יוצאים דב"ח גובה חובו מהני חזקות של פתחי הסוחרים דהא זכותא אית ליה בגופו של קרקע דהא קנוי לו לפירותיו וגם כתובה של אלמנה ידה אוחז' לגבות כתובתה מזכו' נעלה

וכשאני לעצמי לא ידענא מה אידון בה דמילתא כדנא אתמהא היא דהא לכון התקנה של רבנן מתקני החוקות ז"ל קורא בגרון דזכית המחזיק בהני פתחי הסוחרי' אינו אלא מצד התקנה ולא משום צד דין תורה כלל דלית בהו לא דין קרקע ולא דין מטלטל אשר מהאי טעמא אין ב"ח ולא כתובה גובה מהם ואין היורש יורשה זולת בנו והוא מכח התקנה דהטילו הרס הרבנים הקדמו' ז"ל וכמו שהביאוה הרב פאת נגב והרב ידיו ש"מ ז"ל וכבר ידוע להרב ב"א ז"ל בקושטא רבתי עירינו יע"א מלבד חכמתו ובקיאותו הוא היה בקי בדיני חוקות של פתחי הסוחרים וע"פ יחנו וע"פ יסעו כל מילתא דאיתיליד איזה פקפוק ואיזה ספק הילכי דהוה התקנה שתיקנו רבנן מתקני החוקות

וכבר ראתה עיני כמה וכמה פתקאות של כתב יד של הני חזקת פתחי הסוחרים ורובם ככולם הרב ב"א הוא היה החותם להורות את בני ישראל משפטי ודיני הני חזקי פתחי הסוחרי' הבאים לדון לפניו ביחוד על מילת' כדנ' דלפניו נגלו כל תעלומי חכמה מדיני חזק' הסרסורי' וכיון דכן ע"מ וע"מ עינ' דשפיר חזי לא שלט' ביה עינ' בל' התקנה וז' מילת' דתמיה' וכפי הנר' אשתמיט לשו מרבנן קדישי' הרב פאת נגב והרב ידיו ש"מ ויותר תמיה מהרב פ"נ תלמידו של הרב ב"א דשוא היה הבקי בתורתו של רבו ז"ל איך נעלם ממנו תשו' הלזו

וראיתי להרב חק"ל שם דעמד במילת' כדנ' אי הני חזקות הסר' בפתחי הסוחרי' אי הוי מדינא או אינו אלא מפאת התקנה וסיים וז"ל ויותר נ"ל דלאו מדינ' הוא אלא מפאת התקנה יע"ש באופן דמאורתן של שלשת הרועים רבני דורי' הרב פאת נגב והרב ידיו של משה והרב חק"ל למדנו דכולהו שפטו בדעתם הרחבה דהני חזקו' על הסרסו' הנהוגים במתא קושט' עירינו יע"א ליכא אנפ' דליזכי הסרסור מדינא אלא דוק' מפאת התקנה זולתי הרב בני אברהם דבנה יסוד מוסד דהוי מדינ' וגזלן מדאורייתא מקרי להסיג וכבר כתבנו דאין אתנו יודע שותיה דמר מאחר דלשון ההסכמה מפורשת אין זכיה לסרסור בפתח הסוחר אלא מצד התקנה אשר מטעם זה אין ב"ח וכתובה גובין וגם יורשי' לא חלה עלייהו ירושה ממורישיו בהני חזקת פתחי הסוחרים ומ"ש הרב ב"א ז"ל מדברי מהרש"ך ודעי' ז"ל כבר כתבו ז"ל דאין ראיה מדבריהם ז"ל

וכפי מ"ש למעלה דרב המרחק בין חזקת פתחי הסוחרים לנ"ל דהוי כמו סרסרות של כל רופ'יט ורופ'יט הנהוגים בין האומניו' הקבועי' במת' קושט' יע"א דלא שייך חזקה ומילי' עלתה ארוכה דבנ"ד את הר' ב"א ידין ידין דלא שמה חזקה ומהודענ' דזה למע' משלושים שנה עמדתי בפרט הלז אי זכיית הסרסור בפתחי הסוחרים אי הוי מדינ' או מפאת התקנה יע"ש ויען דעתה בקשתיו ולא מצאתיו אזה מקום כבוד קונט' הלז ולא ידענ' בנפשאי על איזה צד מהב' צדדים סמכתי לפוס דינ' האמנם כהיום כזה נר' לדון דאינו אלא מן התקנה מאחר דכבר פסט' ההוראה בקושט' עירינו יע"א דאם מת איזה סרסור דהיה מחזיק בעודו חי באיזה פתח של הסוחר הרשו' ביד כל אדם לבא ולשרת שם באותו מקום ולא נחתי' ליורשי הסרסור באותו מקום לבא ולהחזיק מפאת ירושה כלל זולת אם הניח בן וגם כתובה לא מגבי' מהאי חזקת הסרסור מינה נשמע דאינו אלא מן התקנה וק"ל לענ"ד כתבתי

הצעיר **אליעזר די טולידו**

סימן ק

ראובן שהשכיר חנות אחת לש' לזמן קצוב והניח מורשים לפקח על כל נכסיו וישם לדרך פעמיו לשכון כבוד בארץ הקדושה ויהי מימים כתבו אגרת חתומה המורשים לר' באומר' אלין שהשוכר ש' עובר עליהם את הדרך ומעכב דמי האנייאדם בידו בטענות ותביעות ויען שש' אדם חשוב ואינם רוצי' לעמוד עמו בדינא ודיינא ע"כ באו במכתב לר' שיבוא הוא להתדיין עמו ויהי כן ובא מא"הק לח"ל ותבע לש' לפני בי דינא רבה ע"ה הפרשיות והכחשות שעברו ביניהם ואחר שעברו חשבונותיהם

השנוונותיהם בא ר' המשכיר בטענה ותבע מש' דמאחר דלא נשאר לש' זמן אלא שנה א' הנה מודיע לו שרוצה להשכיר החנות לאחר מהיום לכשיכלה זמן השכירו' של ש' ויהי כמש"ש' דיש לו טענו' שלא לצאת מההנו' בסוף זמן וראובן לוה כהרוצה שישיב עתה יומא כי האידנא טענותיו שיש לו יען שהוא רוצה ללכת לארצו לעה"ק ועל זה וע"מ מעכב את דרכו ומנעו' משיב מאחר שלא בא עתה ומנו אינו רוצה לטעון שום טענה והפלרנו בו אנן כי דינא שישיב מה וזכות יש לו בחנות הנו' שאינו רוצה לצאת בסוף זמנו ולא יאחר דרכו ללכת לביתו עיר הקדש והוא גר בארץ נכריה שאין לו מקום ללון בתמידות ונקבע שאין לאדם נחת רוח אלא בבתו ובחומותיו ולא רבה שמעו' להשיב ולפלות פה והוינהו לדעתיה דבכל הוא לאהבת הנלוה והסינה אשר בגללם היא מטעמא שולול כבודו לעמוד עמו בדינא ודיינא ואין זה כבודו מאחר שהוא אחד מהרשומים והפרנסים של קושטא עירינו יע"א ואין אדם רוצה שיתבזה כבודו בבית דין .

תשובה אבא בקצרה כאשר ידוע ליהודים ויושראל הטורח והעול הכבד של עדת ישראל המוטל עלינו ועל צוארנו ואען ואומר והוא דלכאורה דאף דיהיבנא ליה לשמעו' כל דיליה ולא כייפינן ליה לגלות ליה לראו' מה זכות איתיה בידיה שאינו רוצה לצאת מהחנות בסוף זמנו הגם דכבר נשלם הזמן בקלוב כמפורש יוצא בשטר המוצג קמן היוצא מתחת יד ראו' המשכיר מ"מ לא מהמנינן ליה לשמ' במאי דטען דיש לו טענות אם לא דיקבל ח"ם דאמת יהנה הכי דיש ויש לו טענות ולאו אדעתיה לאהבת הנלוה הגם דיש לו לראו' פסידה על ידי זה וכדמות ראיה לזה ממ"ש הטור סי' ק' סע"ג וז"ל ואם יאמר הלוה אני צריך לילך לדרכי ואיני יכול לישב ולהתערב לזמן אומרים לו עשה שליש שישב כאן וימתין עד שיגיע הזמן ע"כ ודבריו לקוחים מתשו' הרא"ש ז"ל כלל פ' סי' ג' הביאה מרן ב"י ז"ל וז"ל ואם עבר המלוה דרך מקום הלוה ותבעו ונתחייב ואם יתנו לו זמן יצטרך להוציא מנה ע"מ לבא לזמן הפרעון יחרימו סתם במעמד הלוה אם יש מעות שיפרע לו מיד ואם אין לו יתנו לו זמן כ"ד דבשביל שהמלוה דר במקום אחר לא הפסיד הלוה דינו ע"כ למדנו דהגם דלא משגיחינן בפסידה של מלוה הגם הרבה בזה ומן הצלחה עכ"ז מחרימין ח"ם אם אמת יהנה הכי שאין לו ככה נמי נאמר דהגם דנימא דלא משגחינן בפסידה של ראו' שטוען שאינו יכול לישב ולהתערב עד סוף זמן השכירות מ"מ לא פטרינן ליה לשמ' בטענתו שטוען דיש לו טענות בדברים בעלמא אם לא בח"ם ואף דרב המרחק דהאם כבר הגיע זמן הפרעון ומרוייח עתה כהיום הזה לצאת ידי חובתו ולא מהמנינן ליה שאין לו אם לא נקביל עליה ח"ם כמ"ש הטור שם ע"ע אף בנ"ד לא מהימנינן ליה לשמ' באומרו דיש לו טענת בדברים בעלמא וכ"ש בעובדא דנ"ד דחזינהו לדעתיה דשמ' דכל מגמתו לאחר דינו אינו אלא מחמת דנתבזה כבודו בדינא ודיינא וכבר כתב הרב מהר"י אדרבי ז"ל סי' נ"ג וז"ל דדוקא בטענת שמא חשוב מחרמינן ח"ם אבל בטענת שמא גרוע כזה דאנן סהדי דגווים אנוסים הם ומשקרי ודאי דלא מחרמינן ח"ם ועוד דאיכא כמה ספיקי וספיקי ספיקי כו' יע"ש הרי כדי לפוטרו מח"ם הוצרך הרב מטעמא דהשמא מגרע גרע ועוד מטעמא דהיה נגלון הרב ז"ל כמה שניפים שלא להטיל ח"ם באופן דהגם דנימא דדינא הוא דלא כפינן לשמעון שיטעון עתה מאי דעתיה למטען בסוף זמנו מה מיהא מחמרינן ליה דיקבל ח"ם אם אמת יהנה הכו

ועוד נראה לפום דינא דמאחר דהמפסד נר' לעין דאין אדם פושט ידו לשכור החנות הנו' יען דלא נבירא ליה לשוכר אם ישאר בידו בסו' הזמן דשמא ישנו תחת האפשר דמועלותיו וטענותיו של שמעון השוכר בדת נכונות ומועילות לדינא א"כ כל אדם יפרוש ממנה נמצא דזיילי נכסיה של ר' וכל כה"ג מחייבינן ליה לשמעון דיטעון עתה מאי דעתי' וכמו דאמרינן בקמא דמ"ו ע"ב מנין דאין נוקקין אלא לתובע תחי' שנאמר מי בעל דברים יגש אליהם יגיש דבריו אליהם אמרי נהרדעי פעמים דנוקקין לנתבע תחי' והיכי דמי דקא זיילי נכסים ע"כ

הרי למדנו מסוגי' הלזו דהגם דקרא אשמועי' דהמוקדם בדינ' הוא התובע דוקא ולא הנתבע אלא הנתבע איהו ניהו המאוחר עכ"ז כיון דרואים ב"ד דע"י זה האיחור גורם לו פסיד' לנתבע דזיילי נכסיה מקדמי' ליה ומניה והכא נמי בנ"ד מאחר דאי מאחרינן ליה לר' דינו איכא פסיד' גדול' ליה מחייבינן ליה לשמעון דיטעון עתה מאי דעתי' אשר מה"ט נמי דן הרשב"א ח"ג סי' ר"ו הב"ל מרן ב"י סו"ס כ"ד וז"ל ומי שטוען שיש לו קביעות הרבה על חבירו אלא שאינו רוצה עתה לתובעם אלא לאחר זמן והלא טוען כל מה שיש לך לטעון עלי טוען עכשיו כי מפני דבריך אלו יש לי הפסד גדול הדין נותן דאע"ג דקי"ל דאין נוקקין אלא לתובע כו' אי זילי נכסיה כופין לחברו לסדר טענותיו בפני ב"ד יע"ש ופסקו מורם ז"ל שם סו' סי' כ"ד וליכא למידחי בדחיה בעלמ' דשאני התם בתשו' הרשב"א דהטענות דיש לו לטוען כבר הגיעו ותנם דהא לית' דמאחר דהטוען לא ניח' ליה עתה לטעון ולתבוע תביעותיו אלא חפצו ורצונו הוא לאאריך ליה ויומניה לנתבע אמאי לא משגחינן ביה אלא במקום פסיד' מחייבי' ליה לסדר טענותיו בפני ב"ד הגם דאפשר דאי הוה לייתינן ליה לתובע אפשר דמרווח ליה לנתבע דשמא ימות הטוען ולא יבא הדבר לידי תביעה או שמא יחזור בו התובע מלתבוע תביעותיו מפני דיהיב אדעתיה שאין לו שום זכיה גביה הבריה עכ"ז לא משגחינן אלא מאי דקמן דיש לו פסיד' לנתבע ע"י איחור תביעותיו להוא ודאי ואין ס' מולי' מידי ודאי ואף דכתב הרשב"ץ ח"ב סי' ב' וז"ל אבל אם שמעון אינו תובע עכשיו אלא תביעה אחת וכו' הרשות בידו לתבוע היום תביעה אחת ולאחר זמן תביעה אחרת דשמא מה שאינו רוצה לתבוע היום כל תביעותיו הוא מפני דיש עדים במקום אחר וכו' וזה דבר פשוט דהא קי"ל אין נוקקין אלא כו' ופירוש הראב"ד כו' יע"ש שיינו היכא

דליכא

דליכא פסידא להנתבע על ידי האיחור דהא עיקר ראייתו הוא מסוגיא זו וכמונן ולא שייכי הכא מאי דהקשו וטרו גדולי האחרו' ז"ל יעוי' לה"ב פ"מ ה"א סי' מ"ו ומ"ז ובה' חט"ש סי' ע"ה הנב"י או"ת ל"ג מאי דרמו יע"ש באופן דעלה בידינו בנ"ד דכופין את שמעו' דיטעו' כל טענותיו משום דזילי נכסי דראובן המשכיר ולא מן השם הוא וגם מאחר דבריא הזיקא דאינו מוצא המשכיר להשכיר חנותו כהיום הזה להשכירה זמן שכירות הראשון יען דאין כל אדם פושט ידו לשכור מקום היכא דהשכירות מרופפת בידו דשמא לא יזכה בה לבסוף ויצא ידיו רקניות דשמא באותו זמן לא ימצא חנות אחר לשכור ואם תאמר ימתין ראובן המשכיר עד בא זמנו של שטר וישכיר את החנות כדרך כל משכירי בתים וחנויות הא לא מכרעה מאחר דכבר מצאה אמורא דראובן פניו עומדות ללכת את ארצו עה"ק תובב"א יש"ק וכל זמן שאדם חוץ לביתו הוצאותיו מרובות וממעטת את הממון אין לך פסידא גדולה מזה .

וראיתי להרב ז"ל בא"ז שם בסוגיין שכתב משם ר' ישעיה ז"ל וז"ל ושמעתי משם ר' אפרים ז"ל דפירש אם אמר אדם לחבירו שאלני כל מה שתרצה עתה בפני ב"ד וכו' ולא נכריחנו לתבוע כל תביעותיו עד שירצה וכו' ואם זילי נכסיה שאמ' הנתבע יצא קול שאני חייב לך ומזלזלים הקונים את נכסי לפיכך שאל לי כל תביעותיך ויתברר הקול ע"כ וז"ל הרשב"א שם בחי' לקמא ופעמים נזקקין לתובע כגון דזילי נכסיה שיצא הקול שהוא חייב ע"כ והביא דבריו הר"ן ז"ל שם ומשם הרא"ש ז"ל יע"ש וכ"כ הרא"ש שם ופסקו הטור שם וכ"כ הסמ"ע ס"ק י"ב הרי משמע ולפום ריהטא מדברי הראשונים ז"ל דמטעם קלא בעלמא הגם דאפי' דלא יצא פסידא בנכסי הנתבע עכ"ז בי דינא הייתי וא"כ בנ"ד הרי פי' וביציאת בשפתיו שמעו' דיש לו טענות על חנות המושכרת לו שלא לצאת בסו' הזמן הרי מפיק עליה קלא של חנותו של ראובן דלאו כל כמיניה להשכירה לאחריני בסוף זמנו דאית ליה לשמעון זכותא בגוה וע' להרב נו"ר ז"ל כלל ג' סי' י"ו רמזו הרב חשק שלמה ז"ל ודו"ק

בלעיר **אליעזר די טולידו**

סימן קא·

ראובן שהוציא שטר משכנתא הנהוג בסך ג' אלפים גרוש' ותבע משמ' שיקיים תנאי הויכו'נין ואם לאו שיחזיר לו המוקדמים וש' השיב דזה ימים שכבר מחל לו ראובן בעל המעו' לש' סך המוקדמים הנז' על ידי שבשביל שנטפל שמ' בענייני ר' ותבע ש' מר' באותו פרקמאותו וזמן שיחזיר לו שטר המשכנתא מאחר דכבר מחל לו והשיב לו ר' שכעת אינו בידו אלא שיקיים לו מצות שלוה וראובן משיב לא הדברים שלא מחל לו שום פ"ק כלל אלא שש' את שתבע ממנו שימחול לו סך המוקדמי' והוא לא הטה אוזנו כלל אלא רמזו בדברים שהשטר אינו בידו והיה היה באתו ונתרמלו דעל מה וע"מ ימחול לו שום פ' כלל ואם ע"פ הדין מחוייב לישבע על טענתו הרי הוא מוכן ומזומן לישבע בנ"ח וכתוב בשטר המשכנת' נאמנות גמו' שמאמין ש' לר' בכל מה שיאמר כי הוא זה כו' בין בכלל בין בפ"ק לבל יתחייב שום שבו' קו"ח לעולם כו' וטוען שמעון שר' חשוד בעברה זה ימים והכריזוהו ממוני הזמן ואדעתא דהכי לא האמינו על זה יהדיו למשפט נקרבו להיכן שורת הדין נוטה

תשובה הגם בדידן עמוס התלאות ועול צבור מוטל עלינו ואין בפנאי מספיק לחז' ולחפש בדברי הראשונים והאחרונים כל הצורך מ"מ אכתי' שורטים כחותה על הגחלים וזה החלי דלפום ריהטא נראה להורה דטענת ש' דטען דאזדא ליה נאמנות דידיה ואתרע חזקתיה של ר' שהיתה לו בחזקת כל ישר' שפיר קא טעין וכבר בא הדבר מפורש יוצא להורה בדברי הר"ב התרומות שע' כ"ו ח"ב סי' ב משם תשו' ר"ו משולם ב"ר קלונימו' ז"ל וז"ל שטר שכתוב בו נאמנות כשני עדים ואשתכח כפרן בממון אחר ע"י עדים אע"ג דקי"ל דלא הוחזק כפרן דלא הוחזק לממון אחר אפ"ה בטיל ליה הנאמנו' כו' מאי טעמא דאמרי' כי המניה לזה למלוה משום דכל ישר' בחזקת נאמנים קיימי ולהכי המניה אבל השתא איתרע ליה נאמנות ולא שקיל מידי בלא שבוע' יע"ש והכי השכים רב נטרונאי ז"ל הובא בתשו' הגאו' ז"ל שער ו' סי' ת"א לבטל הנאמנות ומחייב שבוע' יע"ש וסברא הלזו שסקוה פוסקי הלכות הטור סי' ע"א סכ"ד ור' ירוחם ומרן בש"ע סעי"ג ואחריהם נמשכו האחרו' ז"ל יע"ש וא"כ אם באנו לידי מדה זו להורה דאיתר' הנאמנות והו"ל כמאן דלא כתיב בשטרא נאמנות ונשאר השטר בלתי נאמנות באנו למחלוקתן של הראשו' ז"ל שהביא הטור סי' ל"ב סעי"ג דהיכא דהמלוה היה חשוד ומצד הדין היה נוטל בלא שבועה לדעת הרמב"ם ודעימיה הנתבע נשבע ונפטר ולדעת הראב"ד ודעימיה נוטל המלוה בלא שבועה יע"ש ובדברי הכנה"ג הגב"י אות ט"ו ולהש"ך שם סע"ק י"ד ולהרב דברי אמת קונ' ד' ל"ט יע"ש וא"כ מאי ש' שהוא מוחזק לומר קי"ל ככת הפוסקי' המסייעים לי דמפסיד המלוה מאחר שהוא חשוד לפום טענתו דר' הוא חשוד דעבר עברה כנז' באלה

אמנם כרואה דאין ראיה ממה שכתבנו מדברי הגאונים ז"ל לסיועי לנ"ד שהוא חשוד דהגאונים לא מיירי בחשוד אלא דבטיל ליה הנאמנות ונשאר השטר בלתי נאמנות דהא לא הוחזק כפרן לאותו ממון שהוא תובע וכמ"ש בהדיא ומש"ה כתבו בהדיא דלא שקיל מידי אלא בשבועה והביאו לפס' הלכה סיום דבריהם של הגאו' ז"ל הר"ב התרומות כנז' אף דהר"ב התרומו' שע' א"ך ח"א סי' ו' השכים לסבר' הר"ב המאור לחשוד שהוציא שטר זכות מאותן שהיה דינן ליטול בלא שבוע' ורמו רבנן עליה שבועה לשאמיר כו' נוטל בלא שבועה יע"ש גם הטור הביא סיום לפסק הלכה הגם דכנז' השכים בסי' ל"ב דנוטל בלא שבועה יע"ש ברם בנ"ד שהוא

לוק' וכמו שפירש' הרב מהר"י חגן בס' חק"ל יו"ד ה"א סי' קי"ג דמטעם חומר דערוה אמרה רבא יע"ש . הא בעלמ' לא אלא אלימ' חזקה זו לכל מילי או דס"ל להתוס' דע"כ לא אמרו בגמ' דלחלילה בעיא בדיקה ולא סמכינן אחזקה דרבא דאורח בזמנו בא הוא מטעם דאיכ' למיקם עלה דמילת' שאפ' לברר החזקה וכמ"ש מהרימ"ט ה"א סי' מ"א וסי' ל"ו דכל חזקה דאפשר לברר ולעמוד הדבר על בוריו לא אזלינן בתר' כיון דאיכ' למיקם עלה דמילת' והכריח סברא מסוג' דפ"ק דפסחים והם דברי הר"ן פ"ק דחולין וכמ"ש שם מהרימ"ט סי' ל"ו והם דברי הרמב"ן שם פ"ק דחולין במלחמות ובחי' שם פ"ק דחולין הנ"מ בס' מונח כפרה ושם הביא להכריח הא' סברא מסוגי' הלזו דפ' בא סימן דהוי חזקה אלימ' דאורח בזמנו בא עכ"ז אמרו שם דחלילה בעיא בדיק' מטעם דאפשר להתברר יע"ש גם הרשב"א שם בחי' פ"ק דחולין חלק על הרב המאור וסמיך עלה דמיל' מטעם ראית הרמב"ן ולפ"ק דפסחים ודפרק בא סימן יע"ש נמצ' דכל דליכ' למיקם עלה דמילת' שפיר סמכינן בחזקה מטעם דהוי חזקה אלימת'

הרי דאיכ' למילף מדברי התוס' והרמב"ן והרשב"א שלשה המה מטיבי דחזקה דרבא היא אלימ' דכל קטן וקטנה דבאו לכלל שנים הנה הנם גדולים ממש לכל מילי כל דאיכ' למיקם עלה דמילת' ומש"ה בעובד' דבני ברק דליכ' למיקם לברר אי היו לו סימני' או לא דכבר מת שפיר הוה מפקינן מיד היורשים אלא דשני' התם דבני ברק .

וראינו להרב תורת חסד סי' רי"ג ומהר"ש גאונסי' ע' דכתבו דרובן של הראשו' בההיא מימר' דשמואל שם דקנ"ו דבודקין לקדושין כו' ולמכור בנכסי אביו עד שיבא ן' ך' דפירשו דהגם דהגיע לכלל ך' לא סמכינן החזקה אם לא נבדקת סימנים הם הפך דברי התוס' יע"ש והרוא' יר' דזה לא ניתן ליאמר דאם כפי דבריהם של הרב ת"ח ומהרש"ג תקשי להו דברי הרמב"ן דסתרי אהדדי דהרי בההיא דלמכור עד שיבא ן' ך' שהזיק הרמב"ן במלחמות שם בפ' מי שמת סברת הרי"ף ז"ל דבעינן בדיקת סימנים הגם דהגיעו לכלל ך' ולא סמכינן החזקה והלו במלחמות ובחי' פ"ק דחולין הביא סוגי' דפ' בא סימן ואסבר' לן דחזקה דרבא היא חזקה אלימת' וטעמ' דתלמוד' דאמרו דכך הזקה להחמיר הוא מפו' דאפשר לברר ואיכ' למיקם עלה דמילת' וכדברי התוס' דפ' מי שמת אלא ודאי דהיא היא דטעם מימרת שמואל דבודקין למכור אחר שהגיע לכלל שנותיו הוא משום דכיון דאפ' להתברר מבררינן ולא סמכי' החזקה וא"כ מה דמו' יערוך סברתן של הראשונים בההיא דלמכור לסברתן של התוס' ז"ל וכאמור והגם דחי' הרמב"ן של חולין בזמנן של ה' ת"ח ומהרש"ג לא נר' בעליל מ"מ הרי מפורש יוצא במלחמות ובחי' הרשב"א שם פ"ק דחולין דהאי חזקה דרבא היא אלימת' היכ' דליכ' למיקם עלה דמילת' ואין ספק דאלו שלט' בדברי הרמב"ן והרשב"א עיני ה' ת"ח ומהרש"ג ז"ל לא הוו כתבי

הכי

אמנם הרב מח"א ה' אישות סימן א' כתב מסבר' דנפשיה דטעמ' דרבא דבודקין לחלילה ולא סמכינן החזקה ה"ט משום דכל חזקה דאפשר להתברר אין סומכין עליה וכדכתב הר"ן פ"ק דחולין כו' וכן נר' דעת התוס' כו' יע"ש הנה דבר ה' בפיהו אמת דהכי מפרשה לן הרמב"ן ממר' דרבא וכאמור ברם מה שדייק מדברי הרמב"ן גבי עובד' דבני ברק דמוקי לה הרמב"ן דמכר ומתמיה שאם אי אין בדיקתו ללקוחות ראיה שמא אח"ך הבי' סי' כו' וכתב ע"ז הרב מח"א דמש' דאי הוה מיירי דעבר זמן בנחים לא הוה סמכינן הבדיקה דאימור השת' הוא דאתו וא"ע"ג דקי"ל כרבא דחזקה הניחה שי' לא סמכי' האי חזקה לגמרי עכ"ל ולפי דברי המ"א הללו דברי הרמב"ן סתראי נינהו דהא כתב דאלו אי אין בבדיקה ללקוחו' ראיה על שעת המכירה דגדול היה אף דאיכ' בחותו ומן חזקה דרבא ולפי האמת ליכא למיקם עלה דמילתא ואין איתנו יודע מה היה עכ"ז פשיט ליה להרמב"ן ז"ל דהדין עם היורשים דדילמא השתא אתו ליה ולא היו לו בשעת מכירה אף שבאותה שעה כבר הגיע המוכר לכלל שנותיו וכעין זו איתא פ' עשרה יוחסין דמ"ט במחלוקת רב ושמואל קדשה אביה בדרך וקדשה עצמה בעיר ופי' רש"י ביום אחד כו' ופריך בגמר' אלימא לאחר שנה בגא לימא שמואל חוששין לב' ומשמעות הסוגיא הוא דקדושי שניהם של אביה ונתה היו ביום אחד לכל האוקמתות ומאי דמשני תלמוד' ל"צ ביומא דמשלם ומניה רב אמר תדהשת' בוגרת נלפרא נמי בוגרת וכו' הוא לאוקמי דהמעשה הוה ביומא דמשלם שית דוקא ברם במציאות אופן הקידושין דהיו ביום אחד הא פשיט ליה ואם כן משמ' דהא דפריך תלמוד' אלא לאחר שנה דראינוה בוגרת בפניא מינה נמי דבלפרא הוה בוגרת הוא מטעמ' מאחר דכבר נגרה בהאי יומא גופה נהא ודאי דנגרה מלפרא דרגילו' הוא לבא מלפרא אמנם היכ' דהמעשה היה בימים מוחלקים ואיכא סהדי דמסהדי דהשתא בוגרת אמנם לא מסהדי ביום שקדשה אביה אי נגרה או לאו בהאי ליכא הוכח' מהתלמוד לומ' מדהאי יומא בוגרת בשאר ימים בוגרת מטעם חזקה דכבר הגיע לכלל שנותיה אלא אמרי' חוששין לקדושי שניהם אפי' לרב דע"כ לא פליג רב אלא מטעם דביומא גופה הרי בוגרת לפנינו ובהכי מסתלק הקושיא שעמדו גדולי האחרונים ז"ל עלתשו' הרשב"א הנז' ה"א סי' ע"א הביאה מר"ן א"ה סי' ל"ו שכתב במי שקדש בתו וכשמע' מיאת אם יש עדים שהיו לה בשעת קדושין יותר מי"ב שנה וששה חדשים ויש נשים דמעידות שראו לה קודםהקדושין ביותר מששה חדשים נהא ודאי אין חוששין לקדושיו ובל"א חוששין וא"ע"ג דהשתא חזינן לה בוגרת אמרי' השתא הוא דנגרה כדאיתא בפ' עשרה יוחסין ע"כ דהא מבואר בסוגיא ששלהפך שכל שראינוה אחר ששה בוגרת אפי' לשמואל אמרי' מדהשתא בוגרת מעקר' נמי בוגרת ועוד סיום דבריו כדאיתא בפ' עשרה יוחסין וכו' דבריו קשים להולמם

אמנם כפי מש"כ היא כונת הרשב"א ז"ל להבין בפשיטות הרשב"א בסוגיין דאופן המציאות של הקידושין פשיטא לתלמוד דהיו

ביום

ביום אחד בלפרא ובפניא וע"ן פריך בפשיטות אלא לאחר ו' בבא לימא שמואל כו' מאחר דביומא גופא היא בוגרת לפנינו הא ודאי דבלפרא נמי כתחילה לא לבא לא סמני נגרות דהכי אורחא ורגילות הוא לבא לה מלפרא וכמ"ש התוס' שם ע"ב ד"ה מי איכא וכו' דמוכח מהא אלו הוה עונלא בימים מוחלקים דאו ליכא הוכחה מיומא ליומא אחריתי דאין כאן האורח והרגילות או ודאי הוששין ולא סמכינן אחוקה וזהו מאי דפשיט ליה להרשב"א בכונת התלמוד ולזה סיים כדאיתא בפ' עשרה יוחסין

ואיך שיהיה לפי מה שדקדק ה' מה"א ז"ל בדברי הרמב"ן נחי' ובדברי חשו' הרשב"א הלוו תורה. יולאה דלא אהנייא הך חוקה דרבא להוציא ממון אף בדאי אפשר להתברר וליכא למיקם עלה דמלתא וכפי זה דברי הרמב"ן סתראי. ניהו למה שהשרים לנו במלחמות פ"ק. דחולין ונחי' שם אבל אי מפרשינן דברי הרמב"ן הנו' דפ' מי שמת דהיינו כדברי התוס' הנו' למעשה. דבני ברק שאני דמאחר דכבר קדמו לו למוכר ד' שנה ולא נראו לו סימני גדלות בחתימת זקן במקלת שערות וכמו שכן רגילות לבא באורח כל הרע"א"כ נמלא דהאי גופה איתרע ומש"ה לא סמכינן אחוקה דרבא א"ש וכמו שכבר ראינו למהר"ששולה בס' זכות משה הב"מ סי' כ"ג דע"א דפליג על דברי ה' מה"א' הללו מכח דברי הנו' במלחמות והגם דראיתי להר' שם דפריש דברי התוס' דכונת' הוא דכבר קודם המכירה בגדולתו בדקו אותו ולא היו לו ס' ולהכי איכא לספוקי שמא קטן היה עדין כו' וכן פירש מהרש"א כונת דברי התוס' ז"ל יע"ש ואנן בדידן לא שמיעא לן האי פירושא יעויין בדברי התוס' בפ' בא סימן דס"ח ע"ב מ"מ כדי שלא יהיו דברי הרמב"ן סתרי אהדדי ואשכחינן לבעלי התוס' דפשיט להו התי אוקמתא בפשיטות בגופא דעובדא אנן נמי מפרשינן הכי כדי שלא תקשי

המורם מזה דהתוס' והרמב"ן והרשב"א קיימי בשיטא אחת. וסברי דטעמא דתלמוד' דאמר דחוקה דרבא לא אהנייא להלילה הוא מטעם דאפשר להתברר ומינה ילפינן לעובד' דבני ברק דכבר מית וליכ' למיקם עלה דמילת' שפיר סמכינן החוקה דרבא אפי' להוצי' אמנם ראיתי להרמ"ה נחי' לפ' מי שמת סי' קל"ט שכתב וז"ל ולא תימא ה"מ היכ' דבדקו ולא אשכחו. אבל לא בדיקנ' מחוקינן ליה בחזקת גדול כדרבא כו' חוקה הבאה סי' אלא אע"ג דלא בדקו לגבי ממונ' מהוקינן ליה בחזקת קטן עד דמתברר דאייתי ב' שערות דכי אמר רבא כו' ה"מ למיאון ולהומרא כו' וכ"ש גבי ממונא כו' דאיכא למי' אוקי ממונא בחז' מאריה חדיע כו' טעמא דמית כו' ועוד כו' טעמא דהתמו על השטר שא לאו הכי כו' ולא סמכינן אחוקה דרבא עכ"ל ׳ הנה מבואר מדברי הרמ"ה ז"ל דפשיט ליה דחוקה דרבא לא אהנייא לממונא הגם דלא אפשר למבדקיה כגון דמת המוכר כעובדא דבני ברק ואף דהלוקח מוחזק בקרקע מדהבי' הרתיה דקאמר ר"ל לר"י מודינא לך בערעור דבני

משפחה כו' וטעמא דחתמו כו' יע"ש ואם לסברת ר"ל הנכסים ביד הלוקח קיימי ומשום חוקה דשטרא מוקמינן להו בידי דלקוחות היכא דליכא האי טעמ' מפקינן מיניה ומוקמינן להו ביד מ"ק הגם דהשתא מיהא אי אפשר לברורי והכי מוכח נמי דס"ל להרא"ש בסוגי' ין הביא דבריו הר"ב נא"ן שם וז"ל ותימא אמאי לריך לבודקו האמר רבא כו' חוקה הבאה סי' וי"ל דכי היכי דאמרי' דלחלילה בעיא בדיקה לחומר' ה"נ לענין הולאת ממון בעיא בדיקה כו' יע"ש ׳ הגם דנקיט בלשניה הרא"ש ז"ל אמאי לריך לבודקו דהוי ליסנא דאיכא למיקם עלה דמילת' מ"מ בהכריח הוא לסברתיה של ר' יוחנן דהיורשים הוו מוחזקים בקרקעות ולא זכינהו ר' עקיבא ללקוחות הגם דאי אפש' להתברר מוכח דלהרא"ש דנייד מאירולא של התוס' ז"ל הטעם הוא משום דס"ל להרא"ש ז"ל דאין פירושא של ממרת רבא דלחלילה בעיא בדיקה מטעם דאיכא למיקם עלה דמילתא כי הכי דתידוק מינה בדאי אפשר לברר לא אזלינן בתר חוקה אלא אף במקום דאי אפשר לברר לא אזלינן בתר חוקה והכי דייק לה הר' מה"א ז"ל שם מתשו' הרא"ש דכלל ל"ה וע'מש"כ ע"ל ה' מה"א הללו מהר"ס בולה שם סי' כ"ג

ואיך שיהיה נגד סברת התוספות והרמב"ן והרשב"א מלינו להרמ"ה והרא"ש והרשב"א לפי מה שדייק מדברי הרשב"א הר' מה"א ז"ל והגם דלדידי אוי לי דליכא הוכחה לענין ממונא מתשו' הרשב"א הלוו דלא החמיר הרשב"א אלא לענין ערוה דוקא וכמ"ש למע' משם מהר"י און ובהכי אשכחנא לא פתרי לדברי הרשב"א ז"ל דהא כתב מר"ן ב"י א"ה סי' מ"ג דהרשב"א והרשב"ץ בשיטא אחת קיימי וסברי דאף דהשתא כבר היא גדולה בסי' מ"מ לריך שיעידו דמקודם נמי כבר הוו לה סי' וכל זמן דאין כאן בירור דהיו לה סי' בשעת שהגיע לכלל שנותיה לא סמכינן אחוקה ולריכה גט משניהם יע"ש והרי הרשב"א נחי' לפ"ק דחולין הביא דברי הרמב"ן בסתם דטעם חוקה דרבא משום דאפ' להתברר ואיכא למיקם עלה דמילתא וא"כ הכא דאי אפשר למיקם מה היה ליום עברות אי הוו לה סי' או לא שפיר סמכינן אחוקה דהבאה סי' וכ"ש דהשתא מיהא איתיה לה סי' אמנם אי אמרינן דלא אמרה הרשב"א ז"ל אלא מטעם חומר ערוה א"ש ומינה דלא דייקינן מתשו' הרשב"ץ הלוו דס"ל דלענין ממונא בדלא אפ' להתברר דלא סמכינן אחוקה דרבא ויעויין לה' חק"ל הנו' דאשתמיט ליה דברי הרמב"ן הנו' במלחמות דפ"ק דחולין דפשיט ליה להרמב"ן ז"ל דטעמו של רבו הוא מטעם דאפ' להתברר ומש"ה החמיר לחלילה ואיברא דכפי זה מוכח דהרשב"א הגם דסמיך ע"ד הרמב"ן נפ"ק נחי' לחולין מדהביאם בסתם דטעמו של רבא דהחמיר הוא דאפ' להתברר לא דייקינן מינה לענין ערוה נמי הא בדלא אפשר סמכינן החוקה דרבא אלא אף בדלא אפ' לא סמכינן החוקה מטעם ערוה דהחמירו הז"ל אלא דבשאר איסורין לא סמכי' החוקה בדאפ' להתברר אבל בדאי אפ' סמכי' החוקה דמילת' ובערוה מחמירינן אף בדלא אפ' להתברר אלא דרבא

דקאי

דקאי בחלילה דקמן דלפי האמת אפשר לה להתברר נקיט עיקר טעמא הרשב"א דאפ' להתברר וכו נראה לצדד לדעת הרשב"א

אמנם למאי דקמן דלכאו' נ"ד איתי' במחלו' מערכה מול מערכה דלדעת התוס' והרמב"ן אלימא חזקה דרבא לאפוקי ממונא ולדעת הרמ"ה והרא"ש לא אזלינן בתר חזקה דרבא לאפוקי ממונא אפי' בדלא אפ' להתברר ובדעת הרשב"א ז"ל והרשב"ץ יש לצדד לכאן ולכאן וע' בהגהו' אשרי משם א"ז בעובדא דבני ברק וא"כ בנ"ד לא מפקינן ממונא מיד היתום

ואיברא דיש כמה עדים מעידים בנ"ד בר' הבחור אשר משהו בעודו מוטל חולה על מיטתו דהיה היה לו רבוי שערות באותו פרק באותו מקום וא"כ נמצא דמבואר נגלה דגדול היה ר' הבחור ולא שייך הכא בנ"ד מחלוקת הנז' דהתם לא היו עדים מעידים אם היו לו שערות וכי תימא מאחר דהאי בעדאת העדים שמעידי' דהיו לו לראובן רבוי שערות לא נחקבל שהדותייהו בעודו בחיים היותו של ראובן אלא עתה אחר שכבר נפלו הנכסים קמי היתום קטן כנו' בשאלה א"כ לא אהני' לן עדותם של אלו עדים המעידים שהיו לו לר' רבוי שערות כיון דאין מקבלין עדות שלא בנע"ל וכמו שכתבו ה' ח"מ סי' רי"ג ומהרש"ג סי' ע' רמוס בס' מע"ש סי' רל"ה דנשאלו הרבנים כיצין נ"ד וכתבו בפשיטות דאין כאן קבלת עדות משום האי דינא דאין מקבלין

אמנם מסודענא דבדון הלז נשאתי ונתתי עם מורי הרב חנא דבי אליהו נר"ו ואסברא לי דבכל כה"ג לא חשיבא קבלת עדות דאינו אלא גילוי מלתא בעלמ' מאחר דאיכא חזקה אלימת' של רבא דקרוב לודאי הוא דהתם קטן בהגיעו לפרקו דהיינו לי"ג שנים ויום אחד שערות ממשמשין ובאין לו ולא מפשינן פלוגתא לומ' דאף בנתברר לנא דהיה היה למוכר שערות ומשום דלא נתברר מחיים לא מחזקינן הנכסים בהזקת הלוקח דע"כ לא כתבו הרמ"ה והרא"ש אלא דוק' היכ' דליכ' גבן עדות ברור דהיו לו שערות הרס בגוונא דנ"ד דאיכא עדות ברור דהיו לו לראובן רבוי שערות א"כ נמלא דהשטר בחוקתו קאי ולא מבטלינן שטרא הגם דאינו מבורר בשטר אי היו לו שערות או לא

ובשאני לעלמי דברי מורי הרב נר"ו יש לו אילן גדול לסמוך עליו לומר דזה לא חשיבה עדות כלל ומינה בנ"ד מקבלין דהא כתב הרמב"ן ז"ל הביא דבריו הרשב"א ח"א סי' פ"ג וז"ל כתב הרמב"ן דהיינו טעמא דמהימנינן לנשי' וכדאמרי' דכל הנבדקות נבדקות ע"פ נשים משום דכיון דלאו איסורא ולאו אממונא קא מסהדי כי היכי דיהיב טעמ' הרי"ף ז"ל דטעם בדאומר זה אחיו של פ' נאמן אפי' אשה משום דלאו מילתא דאיסורא ולא מילתא דממונא קא מסהדי אלא מילתא בעלמא הוא דקא מגלו הכי נמי לסי' ועדיפא מינה דאיכא למיקם עלה דמילתא משא"כ באחיו כו' יעו"ש וכבאי ליענא כתב מהרי"ל א"ח כלל ג' סי' י"ו משם הרמב"ן והרשב"א דטעם נאמנות נשים בס' סבא משום דהוי גילוי מילת' בעלמא הוא דאין כאן עדות לממונא ולא לאיסורא ע"ש הרי מבואר מדברי הרמב"ן והרשב"א דבכל דידיעה לן מלתא דזה גדול בשנים ומספקא לן אי הביא שי' והוי גדול לגמרי או לא הביא שי' ועדיין אינו גדול בכה"ג סמכינן לפומא דנשי הפסולין לעדות מאחר דהעדות היולאות מפיהן ממש לא הוי לא איסור ולא ממון הגם דלדידן אסגייא לן סהדותייהו להוליא ממון ולהתיר את האיסור מטעם דעיקר סמיכתן עלייהו דהני נשי ומעתה אף אנן נמי אמרינן דכי אמרו ז"ל אין מקבלין עדות שנב"ד ה"ד במידי דבעינן עדות גמור דלריכין עדות הכשרין ולא הפסולין אמנם היכא דאין כאן הגדת עדות כלל כגון נ"ד דקבלת העדות אינו אלא גילוי מילתא בעלמא אשר מהאי טעמא מכשרינן עדות נשים בכה"ג מקבלין כאשר אסברא לן מורינו הרב נר"ו

ברם לריכין אנו לעמוד מאי דכתבו גדולי האחרונים ז"ל דנ"מ לדינא בין הני תרי טעמי דלדעת הרי"ף ז"ל ודעימיה דכתבו דטעם דסמכינן בעדות נשים הוא משום חזקה דרבא א"כ אפ' דשהדותייהו דהני נשי הוא לשעבר דליכא למיקם עלה דמילתא עכ"ז סמכינן עלייהו ולדעת הרמב"ן ודעימיה דכתבו לטעמ' הוי משום גילוי מילת' כלומ' דאיכא למיקם כו' מאי דסמכינן לעדות נשים אסימני' הוא דוקא לדהשתא אבל לשעבר לא וכמ"ש מהרא"ח ור' בכללא הביא דבריהם הר' כנה"ג סי' קנ"ה בגה"ט אות מ"א דקל"ו ע"א • אף דלדידי חזי לי דאין כאן מחלוקת ואף לדעת הרמב"ן ודעי' מודו דאף לשעבר מהני נאמנו' דהא כל עיקר טעמייהו הוא משום דלאו אמילת' דאיסור' קא מסהדי ולאו אמילת' דממונ' קא מסהדי דלהאי טעמ' אף בדליכ' למיקם עלה דמילת' הוא דהא יגי' עליו רעו היכ' דמעידות הדיופ' אחוהי דמתנא הוא דהתם לא שמי בידן לברר אי אחיו הוא או לא וגליפנ' דהרמב"ן המושג לפנינו בדברי הרשב"ץ ובדברי מהריב"ל הנז' הוא וז"ל דלאו אמילת' כו' כי היכי בדאומר זה אחי כו' ועדיפ' מינה דהכ' אפשר למיקם עלה דמילת' אי הביאה שי' או לא משא"כ באומרת זה אחיו הוא ע"כ הרי מבורר בהדיא דמשום עדיפות' יתירת' נא הרמב"ן לחזק הראיה וכמוכח נמי מקושיית הרשב"ץ ע"ד הרי"ף דלמה ליה להרי"ף למינקט טעמ' בההיא דסי' משום חזקה דרב' ולא נקט האי טעמ' דגילוי מילת' כמו שסמך עליו הרמב"ן ז"ל וזה לי"ע ע"כ ואם אית' דהבין הרשב"ץ בדברי הרמב"ן דיהיב טעמ' משום גילוי מילת' דהוי דוק' לדהשת' ומשום דאיכ' עלה דמילת' א"כ מאי קשי' ליה ע"ד הרי"ף דנקט טעם משום חזקה דרבא ולא משום גילוי מילת' הא רב המרחק בין הני תרי טעמיה ומש"ה נייד הרי"ף מטעם גילוי מילת' לאסבר' לן דהכ' דאיכ' חזקה ראוי להכשיר עדות נשים אפי' לשעבר אלא ודאי דפשיט ליה להרשב"ץ דליכא נפקות' בין הני תרי טעמיה והכי נמי מוכח נמי מתשו' הרשב"ץ דסימן ע"א וז"ל ובעדות שי' אנו סומכין ע"פ נשים כו'

משום דלאו עדות הוא אלא גלוי מילתא בעלמא כמ"ש הרמב"ן א"נ משום דסמכינן החזקה דרבא כו' ואם יש עדות נשים שראו לה קודם הקדושין כו' אין חוששין לקדושיו ע"כ

הרי נבדיא דהני תרי טעמים כללן כאחד דב' המתיים ומשו"ה שפיר פסק דנאמנות הנשים אפי' לשעבר ולדידי יש לסוכיה לכאורה כמ"ש דלדעת הרמב"ן דנקט האי טעמ' דגלוי מילת' עכ"ז נאמנות אף לשעבר ממ"ש הרמב"ן במלחמות בפ"ק דחולין בנו"ל דהשריש לנו דכל חזקה דאפ' להתברר לא סמכינן החזקה לכתחילה ואם אותה החזקה אי אפ' להתברר סמכינן החזקה והביא ראיה לזה סוגיא דרבא דאמרו דלהלילה לא סמכינן החזקה דרבא אף דהחזקה שהגיע לכלל שי' היא חזקה אלימתא מ"מ היכא דסמי בידן לברורי מבררינן יע"ש וכבר כתבנו למע' דמהאי ליפנא איכא לאוכוחים בסברת בעלי התוס' ז"ל וכמ"ש מהר"ש דולה ז"ל וא"כ היכי אפש' למימר לטעמא דיהיב הרמב"ן דהאמנות' דהני נשי משום גלוי מלתא הוא דאיכא למיקם כו' דס"ל ז"ל דלא מהמנינן לנשי אלא דוקא לדהשתא אבל לשעבר לא דליכא למיקם כו' והא כבר השריש לנו ז"ל דהאי חזקה דרבא היכא דאפ' להתברר מבררינן אבל היכא דלא סמי בידן לברר סמכינן החזקה אלא ודאי דכל עיקר טעמו של הרמב"ן ללמוד מטעמו של הרי"ף ז"ל דכל דעדותן של נשים לא הוי לא לממונא ולא לאיסורא כהאיא באומרת זה אחיו של פ' וכן עדות שערות דאין בעדתן יוצאות מפיכן לא עדות ממונא שאר עדות אלא דלגבי דידן מתברר לנא שום דבר בכה"ג אנן בדידן סמכינן הנשי דלא מקרי עדות שי' כשאר עדויו' דאסהדה חורה איש ולא אשה וא"כ אחר שהוכחנו מדברי הרמב"ן דהוא מזריה להאי טעמ' דס"ל דאף דעדותן של נשים לא הוי לדהשתא אלא ליום עברות עכ"ז סמכינן עלייהו מטעם דמלתא כדנא לא מקרי עדו'

א"כ מעתה מה שכתבנו מאי דאסברא לנמורינו הרב נר"ו דהא לא חשיבי קבלת עדות בנ"ל כדי שנאמר אין מקבלין עדות שלא בבינ"ד אלא חשיב גילוי מילתא בעלמ' ולא מבטלינן שטר' כו' דבריו מלודקים ומיוסדים מדברי הראשונים הרמב"ן והרשב"ץ למפורש מדבריהם דאין חילוק בין הני תרי טעמי או מטעם חזקה של רבא או מטעם גלוי מילת' הני בהני שייכי ושפיר סמכינן אהימנותא דנשי בין לדהשתא וביומה שמעידות ליום עברות ומאחר התאן לנ"ד דאף דאיתיה קמן יתום קטן לא מגרע' לבטולי שטר' עד שיגדיל לקבל עדות העדים המעידי' שהיו לו לר' רבוי שערות באותו פרק באותו מקום כשאר הגדולים דמילת' כדנא לא נכנס במילי דעדות כלל

הנה נמלא דכללות דברי הרמב"ן כפי המקו' שזכרנו דס"ל דכל דהחזקה שהיא אלימתא ובעידן מעשה שאנו דנין עליה לא סמי בידן לברר ולמיקם עלה דמילת' אזלינן בתר חזקה דלהכי אהנייא לן כחה של חזקה אבל היכא דסמי בידן להתברר ולמיקם כו' אז לא אזלינן בתר חזקה להקל אף שהיים אלימתא ומ"ש הרמב"ן ועדיפא מינה דאיכא למיקם עלה דמילתא דמשמע דמשום עדיפות' יתירתא אתי עלה וכמו שדקדקנו למע' דלאו דלכתחילה לא בעינן האי טעמא אלא דכלפי הלמוד שלמד מטעמא של הרי"ף באומר זה אחיו דמהימנינן לנשי אף בדבר דליכא למיקם כו' וע"כ בהמנותא דנשי גבי ס' האי טעמא סגי דכ"ש דהתם גבי סי' איכא למיקם עלה דמילתא ומ"ש הרמב"ן הביא דבריו הרב בכנה"ג ז"ל בתשו' סי' ז' דלי"ג ע"ד וז"ל הק' הרמב"ן מה הפרש יש בין שנים לסי' דבסי' סמכינן הנשים וגם לענין יבום והלילה גבי ואשתמודעינהי דמהימני' לנשי ואי' דלא דמי עדות שנים לעדות סי' ועדות יבם דהתם עיקר טעמו של דבר הוא משום גלוי מילתא ויכולין אנו לבדוק אם אמת העידו כו' אבל עדות שנים לא מפרסמא מילת' כ"כ ואם כחשו מי יגלה לנו כו' ע"כ והק' גדולי האחרונים ע"ד הרמב"ן הללו קושיא חזקה דמאי פריך מה הפרש יש בין שנים לסי' כו' דרב המרחק שי' החזקה מסייעתן דכבר הגיע לכלל שנותיה וכבר הרב דברי אמת בתשו' סי' ז' דאסכה לה פתרי דהרמב"ן בשי' הרב השיעור קתי' דס"ל כמו שיש חזקה לסי' היכא דהגיע לכלל שנותיה כמו כן נמי יש חזקה לשנים היכא דיש לה סי' יע"ש

ובשאני לעלמי לדידי מפרשה לה דברי הרמב"ן ע"פ מה שנבאר דהרי טעמי איכא להמנותא דהני נשי חדא חזקתו של רבא וחדא מה שהשריש לנו הרמב"ן ז"ל דאסברא לן דהמנותא של נשי הוא מטעם דלאו המלתא דאיסורא קא מסהדי ולא אמלתא דממונא קא מסהדי דבכה"ג לא חשיבא עדות כלל ולמדה הרמב"ן ז"ל מדברי הרי"ף ז"ל וכמ"ש הרשב"ץ ז"ל סי' פ"ג אשר מטעם זה עלה דברי הרי"ף ז"ל בדעת הרשב"ץ ז"ל בג"ע דעל מה וע"מ הולרך הרי"ף ז"ל יע"ש דנמלא דהני תרי טעמי אין כאן עדיפות היתרא יתרתא חד מן חבריה כמבואר וע"פ זה הקשה הרמב"ן ז"ל שפיר לטעמיה דהשריש הוא ז"ל דהמנותא של נשי הוא משום דאין כאן שום מלתא דעדו' דלאו בממונא קא מסהדי ולאו אמילתא דאיסורא קא מסהדי אשר לפי זה מה הפרש יש בין שנים לסי' דבסי' סמכינן לנשים ובשנים לא סמכינן לנשים דמילי הוא טעמא דסי' משום דלא חשיבא עדות ושנים נמי להמני לנשי דאין כאן שום עדות או דממונא או דאיסורא ומשו"ה נקט הרמב"ן ז"ל בכה קושייתו כי היכי דמהימנינן לנשי גבי ואשתמודעינהי דמ' החולץ להורות דשעם המנותא דהתם הוא כדמפרש לה הרי"ף ז"ל וע"ז תריץ שפיר כפי מה שנתבאר דהתם גבי ס' לכתחילה בעינן למיקם עלה דמלתא כל דסמי בידן והאי טעמ' איתיה בין לטעם חזקה ובין לטעם הרמב"ן דלאו השיבי עדו' דלאו אמילתא דממונא קא מסהדי אלא גלוי מלתא בעלמא הוא כל היכא דאיכא למיקם עלה דמלתא וסמי בידן מבררינן ובכלל האי טעמ' דגלוי מלתא איתיה בכח דיכולין אנו לברר א"כ ממילא ארוח לן לעדות שנים דלא מהימנינן לנשים ול"ד לעדות יבם דלא אפ' למיקם עלה וכמ"ש הרמב"ן ז"ל המובאים בתשו' הרשב"א דסי' פ"ג וע' מהר"ס ק"ק סי' רפ"ו דכתב דטעם באומרת זה אחיו דנאמנות שוא משום דעבידא לאגלויי

וראיתי למהרא"נח בתשו' סי' ח' שכתב וז"ל ואם נשים מעידות שראו לה סי' קודם קדושין יש לספק אי סמכינן עלייהו דלטעם חזקה של רבא יש להאמינן גם על מה שעבר וכו' אבל מדברי קצת שמפרשים נר' וכו' משום דהוי מילתא דעבידא לאגלויי ולפום האי טעמ' כו' נר' דלא מהני מיהו מדברי הרשב"א בתשו' הנז' כנו' נראה דנאמנות אפי' ע"מ שעבר ע"כ ולכאורה יש לדקדק עליו דהא הרשב"א שם הביא טעמו של הרמב"ן וכתב א"נ דנאמנו' משום חזקה של רבא כו' וכמו שכבר הביאם מרן ז"ל שם דמשם העתיקם מהרא"נח שם וא"כ מאי קא מסיים הרא"נח ז"ל מיהו מדברי הרשב"ץ וכו' כדי לסתור דבריו הראשונים והלא איכא למימר דמאי דקא סבר הרשב"ץ דנאמנות אפי' ע"מ שעבר משום דקאי על טעמו של רבא אלא ודאי דכוונת מהרא"נח הוא כמש"ל דמוכח מדברי הרשב"ץ דאף לטעמ' דגלוי מלתא יש להאמינן אף לשעבר דהכי מוכח מתשו' הרשב"א ז"ל דכלל הרשב"ץ הני תרי טעמי דהרמב"ן והביא לחזקה וסיים בפשיטות דאם יש נשים המעידות שראו קודם הקדושין סי' דנאמנות אפי' ע"מ שעבר ובשלמ' אי פשיט לה להרשב"ץ ז"ל דליכא נפקותא לדינא בין הני תרי טעמי וכמ"ש אנן בעניותין שפיר אמנם אם נאמר דאיכא נפקותא לדינא דלטעמו של הרמב"ן אינם נאמנות ואיכא למיחש לקדושין א"כ היכא כתב בפשיטו' ודאי דאין חוששין לקדושיו יע"ש וכפי זה שכתבתי נכונת מהרא"נח ז"ל אין דברי מהרא"נח מנגדת למש"כ

אמנם דברי הרב בצלאל ז"ל בתשו' הנז' שכתב דלאמוני נשי אפי' ע"מ שעבר זה תלוי כפי הטעמים אשר נתנו המפרשים ז"ל וכו' יש שפרשו כו' דלאו עדות הוא אלא גלוי מילתא בעלמא וכ"כ הרמב"ן כו' ואין להאמינות ע"מ שעבר משום דהוי עדות ומיהו יש מפ' משום חזקה כו' ואפשי טעמ' קנע מאמרות הרשב"ץ ז"ל וכו' וכ"ד הרי"ף וכו' יע"ש הנה הרב ז"ל בנה יסודו לדינא על הני תרי טעמי דאיכא נפקותא לדינא וכבר אנן בדידן בירדנו בירור נמור כפי קוצר השגת דעתינו דליכא נפקותא אף לדעת הרמב"ן וגם הרב ז"ל למסקנא לפום דינא כתב דזה ברור ואין להאריך דסמכינן על עדות נשים אפילו ע"מ שעבר ע"כ א"כ נמצא דבין מה שהוכחנו אנן בעניותין ובין לפי דעת גדולי האחרונים ז"ל הרב מהרא"נח והר' בצלאל דהם מאריה דהאי דיוקא דאיכא נפקותא לדינא בין הני תרי טעמי עכ"ז הם אמרו דלמסקנ' מהימנינן לנשי אפי' ע"מ שעבר

אמנם כבר כתב הר"ב בצלאל שם דבר פלוגת' דהאי סברא דלא מהימנינן לנשי אלא דוקא לדהבא אבל לשעבר לא דהא ליכא טעמ' דעבידא לאגלויי הלא הוא מהר"ח באסן ז"ל המובאים דבריו בתשו' מהרש"ך ח"ח סי' כ"ח וכמ"ש ה' כנה"ג שם דקנ"ו ונם' מהרי באסן סי' והכנה"ג שם בנה יסודו על זה דלפום דינא איכא נפקותא בין הני תרי טעמי אשר לפי זה בא לתר' קושיית הרשב"ץ הנז' ע"ד הרי"ף ז"ל יע"ש ולפי דברי מהר"ח באסן והר' כנה"ג דס"ל דאיכא נפקותא לדינא דאין נאמנות בנשי' לשעבר מטע' דלא שמי בידן לאגלויי והוי עדות א"כ נ"מ לענין נדון דידן דלא מקבלינן לעדי' המעידי' שהיו לו לראובן שערות אם עוד רבות דזה חשיבא עדות ואין מקבלין אלא בבע"ד וכמ"ש ה' ח"ח ומהרש"ג בפסיעות ואתמהא דלא העלו על שפתם זכרון דברים מהאי דכתיבנא הגם דהם קיימי כדי שלא להוציא מיד המוחזק מ"מ עכ"ז היה להם לבא בשורותייהם ספ' ובדיו מכל האמור וע' עוד שם בדברי הרב בצלאל בתש"כ ועוד דהא קי"ל דמקבלין עידי גלות שלא בפני בע"ד יע"ש ואין ללדד ולחקור בנ"ל שמעידים שהיה לו רבוי שערות ואם היו להם גומות דכב' כתבו הטור ומרן סי' קס"ט משם גה"ת וכל היכא דאיכא רבוי שערות א"ל לחקור על הגומות וע' למרן בבד"ה ס"סי קנ"ה ורמזו שכנה"ג שם וכך נראה הסכמת גדולי האחרונים ז"ל דכתבו דכל דאיכא עדות על השנים ונשים מעידות על הרבוי א"ל לחקור על הגומות ע' למהרי"ל ח"ד סי' י"ב פמ"ח ח"ב סי' כ"ח לברי אמת קונט' אחרון סי' מ"ו

ואחר העיון עלה ע"ד לומר דלא שייך הכא מחלוקתן של הראשונים הנז"ל בחוש' והרמב"ן עם הרמ"ה והרא"ש דע"כ לא כתבו הרמ"ה והרא"ש דלא אהנייא חזקה דרבא נגד כולאת מתון אפי' כל היכא דאי אפשר להתברר אלא דוקא בגוונא דקיימי במוכר נכסי אביו דהו"ל הפקיעו קניינו של לוקח הגם דקנה מדין תורה דהא המוכר כבר הגיע לפרקו והביא שערות והרי הוא גדול מ"מ לכל דיני התורה עכ"ז מטעמ' דראו חו"ל הם אמרו דבטל מבוטל המכר לגמרי ומאחר דכן דהאמירו חו"ל בהאי דינא דמוכר נכסי אביו ס"ל להרמ"ה והרא"ש דהם אמרו דלא נסמוך בהאי חזקה דרבא הגם דלא אפשר להתברר מאחר דקיימינן במוכר נכסי אביו אמנם היכא דקיימינן בגוונא דנ"ד דנתחייב ראובן הבחור שהוא בר י"ו שנה ס"מ בק"ס נימא דסמכינן החזקה דרבא כל היכא דהגיע לפרקו ואיכא למימר דאפוסי פלוגתא לא מפסינן בין הרמב"ם והרא"ד ז"ל הנז"ל דע"כ לא אמרה הרמב"ם ז"ל דאין קנין קטן כלום אלא דוקא בקטן אחר שהגיע לעונת הפעוטות וע"ז בא לחלק הרמב"ם ז"ל במתנת מטלט' למתחייב בק"ס ברם אחר שהגיע לפרקו ונכנס לי"ד שנים ואילך אזי נימא דשפיר סמכינן החזקה ואמרינן דכבר בזמנו בא התורה

ומנא אמינא לה ממעשים בכל יום דלא בדקינן לשום איש בר י"ד שנה ואילך בבא להתחייב שום חיוב על ידי קנין סודר כגון מוכר נכסי אביו פחו' מך וכדי שלא יערער לבטל המכיר' או הוא בהגיע לפרקו שהוא בנת ד' או יורשיו אנן בדידן נהגינן ע"י חיוב שמתחייב המוכר ללוקח ס"מ והפרעון הוא נבא הערעור גם כתובה יוכיח דמעשים בכל יום לכמה בחורי' חמד בעמדם על מספר ט"ו שנה או י"ו מו"מ נושאים נשים ומתחייבים בכתובה בקנין סודר באחריות הנדונייא וגם מתחייב בתוספ' כנהוג והעדים שהם רבני העיר או שאר ת"ח על הרוב כל אחד ואחד לפי ערכו חותמין כתב ידם בשטר הכתובה ואין שום פוצה פיו לחקור ולבדוק בבדיקת סימנים וכי תימא הבעילה לאחר היותו בן ד' גומרת דע"ל כתובה

כתובה הראשונה הוא גובה הא ליתא דלא אמרו בגמ' הא טעמא אלא לק' ור' דוקא אבל לא לחום' וכו' כמבואר גבי משיא אשה לבנו קטן ועוד היכא דמת קודם הגעת לך' אוגירש דמפקינן מיניה נדונייא ותוס' מאי איכא למימר או אין קניינו כלום מאחר דלא בדקוהו אם הביא סי' או לא אלא ודאי דסמכינן החזקה דרבא דאורח בזמנו בא ואף דסמי בידן לברר ולה כתבו הרמ"ה והרא"ש ז"ל דכי היכי דאמרו בגמ' דלענין הלילה לא סמכינן החזקה דרבא גם לגבי ממונא להוציא לא סמכינן החזקה דהביא סי' בזמנו אלא דוקא גבי מוכר נכסי אביו וכטעמא דכתיבנא ומה שהביא הרא"ש בתשו' כ' ל"נ סי' ה' ופסקו כן הטור ומרן סי' ל"ה ראיה מעובדא דבני ברק דהיכא דבדקו ומלאו דסמכינן החזקה למפרע וכו' במכ"ש מביא ראיה דהגם דחז"ל החמירו במוכר נכסי אביו וכו' ואין לחק' דהא גבי עדות לא סמכינן החזקה דרבא אם לא בבדיקא כדמשמע ליסנא ואם סבורא מלבודקו אין קושי מזה דעדות שאני דגזרת הכתוב הוא דבעינן איש אמנם היכא דהדבר תלוי בדע' וסברה ויודע להבחין בהקנאה סגי וסמכינן החזקה דרבא תדע דהא גבי דיינות פסקו כא הפוס' כהירושלמי דמכשיר למנות דיין מבן י"ג שנה ומע' הבא דלא הביא סי' והיינו טעמ' דעדות שאני דקפיד רחמנא להיותו נק' איש וכמ"ש הסמ"ע בסי' ז' ובסי' ל"ה יע"ש ובבר' כנה"ג סי' ז' הגה"ט אות ד' א"כ נמצא דכל מידי דתלוי בסברא ובהבנה הכשיר רחמנא לדין בין איש לרעהו ולאפוקי ממונא מזה לזה ולא דמיא לעדות כלל וזהו אפי' דידעינן דלא הביא ס' כלל לדעת הפוסקים ז"ל ומעתה ליכא לאקשויי מדין עדות להאי דינא דהקנאה דסמי בידן לדחויי עדות שאני

וכי תימא מאחר דלדעת הרמב"ם עסקינן דפסל קנין סודר של קטן ובעינן למימר דע"כ לא אמרה דאין קנין סודר לקטן אלא דוקא קודם הגעת לפרקו אמנם היכא דכבר הגיע לפרקו דהיינו י"ד מודה וכא הרמב"ם ז"ל דמהני קנין סודר דספיר סמכינן החזקה דרבא ואפוסי פלוגתא לא מפסינן בין הרמב"ם והרא"בד ז"ל א"כ היכי משוה הרמב"ם ז"ל האי דינא דהל' ט' לדין דהל' יו"ד דהיינו דהקטן הוא מקנה הסודר ללוקח דסיים הרמב"ם שם דאין הקנין גדול מהגרו של קטן ואין הגר לקטן מטעם דאין שליחות יע"ש והלא אין קטן עושה שליח עד שיגדיל ויביא סי' דאיש בעינן וכ"נ ממ"ש הטור ומרן ח"ה סי' קמ"א סעי' כ"ו שכתבו וז"ל ואם הגעל רך בשנים טוב כו' אם הביא סי' כשעושה שליח דאין קטן עושה שליח יע"ש ומה שעמדו ע"ד הטור ומרן ז"ל גדולי האחרונים ז"ל הוא מטעם קושיית תמ"נ אמנם להאי דינא דאין קטן עושה שליח ספיר מוכח דבעי' שנים וסי' ולא סמכינן החזקה דרבא וא"כ איכא למילף מדברי הרמב"ם דכי היכי דבדין יו"ד הוא אף בהגיע לפרקו כל שלא נודע אם הביא סי' ל"מ קניינו בנתי' הסודר מדתלי' טעמו דאין ראוי שיוכה כמו שאינו זוכה הגרו דהוא מדין שליחות כו' ומינה משמע כו' היכא דנהנו לו לקטן אחרים סודר דלא מהני עד שיגדי' ויביא סי' דהא בהדא תחת' מחתניהו הרמב"ם

עוד יש להוכיח לאורה כן ממה שסיים הרמב"ם בדין ט' וז"ל שתקנין בשטר ואין העדים חותמין אלא על שטר אדם גדול ע"כ וכבר' בעובד' דבני ברק פ' מי שמת מתברר דהאי מימרא דר"ל חזקה אין העדים כו' הוא לענין הבאת שערות ופסקו כן הרמב"ם פכ"ט מה' מכירה והטור ומרן סי' רל"ס סי"ו והרשב"א בתשו' הביאה מרן מאו' א' כתב וז"ל ולפיכך כשחתמו חזקה דנתברר להם כו' וכשהביא ב' שערות דאל"כ לא היו חותמים כדר"ל דאמר חזקה אין העדים חותמים על השטר כו' יע"ש הרי דהאי לישנא דנקט הרמב"ם בדין ט' שהקי"ס בשטר ואין העדים חותמין כו' להוכיח מינה דקי"ס לקטן לא מהני איכא להוכוחי דבעינן שנים וסי' לאורה ויעויין מ"ש הרמב"ם פ' כ"ו מה' מ"ול הי"ו"ד והטור סי' ל"ו סי"ד

מ"מ מאחר דאנן בדידן על מעשים בכל יום אנו דנין ל"ל דמעובד' דבני ברק ליכא להוכוחי לנעלמ' דהתם במוכר נכסי אביו קיימינן דהחמירו חז"ל וכאמור למעל' אמנם בעלמ' סמכינן החזקה דרבא דאורח בזמנו בא ודברי הרמב"ם אינם אמורים אלא בקטן שלא הגיע לפרקו דעל קטן כזה קאי הרמב"ם ושפיר שייכי הטעמים דסמיך עלה הרמב"ם

ואם תרצה לו' דדברי הרמב"ם ז"ל קיימי' כפשטיה וכמשמעותם ואין ראיה ממעשי' בכל יום דדילמ' תפסו ס' הרא"בד דפליג על הרמב"ם וס"ל דקי"ס מועיל לקטן ופשטה הוראה כסברתיה של הרא"בד ז"ל גם בזה יש לעמוד דע"כ לא אמרה הרא"בד אלא דוק' לאיוכיה לקטן מלד הקנין מ"מ מודה ובא דאין כותבין שטר דאין שטר לקטן וכ"כ הרב גד"ת בשער ל"ו יע"ש וכיון דכן היכי כתבינן שטר' כל דלא ידעינן דהביא סי' מה אית לך למימר דע"כ לא אמרה הרא"בד אע"ג דקניינו של קטן קנין לא כתבינן שטר' אלא דוק' בקטן דלא הגיע לפרקו אמנם בקטן שכבר הגדיל והוא גדול בשנים לא סמכינן החזקה דאורח בזמנו בא ואהכי איונו אף לכתיבת שטר הגט דלא בדקיניה א"כ מה"ט גופה דאמרינן לדעת הרא"בד דהיכ' דהגיע לפרקו מוסי' את כח תינה נמי לדעת הרמב"ם ז"ל דלא אמרה הרמב"ם ז"ל אלא דוק' בקטן ממש וכגו"ל ברם היכ' דכבר הגדיל ממש אע"ג דלא בדקיני' סמכינן החזקה וראים לזה ממעשים בכל יום · הנלע"ד כתבתי

הצעיר **אליעזר די טוליד"ו**

סימן קג

מי שנתחייב למכור בשבועה לחבירו ביין שעוש' בזמן הבציר בזה האופן דאם עושה ך' בוטאס נתחייב למכור ג' בוטאס ואם עושה כ"ה בוטאס נתחייב למכור ד' בוטאס ובא עת ומןהבציר ולא השיגה ידו של מוכר לעשות לא כ"ה בוטאס ולא אפי' ך' בוטאס שהלכו הערלים ובזזו כסף ביותר מדי מערך הנהוג ולקחו הענבים מבעלי הכרמים ודין

ודין גרמא ליה למוכר דלא היה ס' לעשו' בידו אלא שמונה עשר בוטאם ונסתפקנו לכאורה אי איובא רמיא ליה למוכר למכור לו ללוקח בוטה אחר מאחר דאם היה עושה ך' בוטאם היה משייר לעצמו השבעה עשר בוטאם נמצא דמי"ו ולמעל' היה נתחייב המוכר למכור ללוקח כל מה דיזדמן לו וא"כ מכח אותה שבועה חיובא רמיא ליה למכור לו אותה בוטה והגם דנוסח השבועה לא היה אלא ג' בוטאם ולא בעלה בפיו בוטה אחד או שתים וכיון דג' ליכא מנין לחיובי למוכר שימכור לו כחות מתנין הג' בוטאם אין זה הכרח שכבר נשאל הרדב"ז ישנות סי' ס' והביא משם הרא"ה כ"אשר כתב המב"ל פ"ה משבוע' דין ך' דלא שאני לן בין מתנה לחוב דמי שנשבע לתת לחברו מנין ידוע ולא נזדמן לו אלא מקצת חייב לתת לו אותו מקצת דעל כולו ועל מקצתו נשבע יע"ש או דילמ' בשלמ' אי ליסב' דתנאה הוא כה"ג דאם עושה ך' בוטאם הי"ו משייר לעצמו והב' בוטאם היה מתחייב למכור דאז הוה גילוי דעת דלא קפיד אלא הי"ו בוטאם דאי לא ל"ל להזכיר שפת יתר הי"ו אני משייר לעצמי חסגי ליה בליסנ' דהג' בוטאם אני מוכ' לך אמנם היכא דכה אמר אם עושה אני ך' בוטאם אני מוכר לך ג' בוטאם דילמ' קפיד לליסניה למימר דלא הל כהיוב אלא בעשיית ך' בוטאם ולא דמי להביא דלעיל שכתבנו

ולכאורה היה אפשר להביא ראיה מתשו' מהר"א ן' יעיש הובאו דבריו בס' ת"י סי' נ"ו רמזו הרב כנה"ג ח"מ סי' ר"ן הגב"י אות ק"ד דש"מ דלוה שיתנו לפ' ש"מ ולפ'ש"מ וכה אמר הש"מ דכך מעות הללו הנה הנם במקום פ' ואח"ך נמצא שלא היה לו האלי ממה שלוה במתנה בטלה לגמרי דמתנה בטעות הוא דטעה בדעתו שהיה לו אותו הכסף שלוה יע"ש ומינה נלמוד לנ"ד דמכירה בטעות היה דטעה בדעתו דהיה עושה בשע' הבציר ך' בוטאם ויותר כי ארחיה מידי שנה בשנה וליכא לדחויי דלא אמרם מהר"א ן' יעיש ז"ל דהאי ליסנ' הוי קפיד' אע"ג דלא משכח טעמ' לקפידתו אלא דוק' התם בש"מ וכדי שלא להוציא מחזקת היורש דהוי מן התורה ומתנת ש"מ כל קניינו אינו אלא מדרבנן א"כ בכל דהו תלינן בליסניה דקפיד מאהר דזכות קנינו קליש וכדי לאוקומי ממונ' בחזק' היורש דקנינו אלים הא ליכא למי' דהא אף לגבי הקדש אמרה והתם הא אמרינן בפיך זו לדקה ולא שייך הכא סברת הרמב"ם בפ"ט מתכירה אמנם הגם דמתשו' מהרש"ך דח"א שרמזו שם ליכא למילף דפליג על סברת מהר"א ן'יעיש ז"ל מ"מ מתשו' מהרש"ך ח"ג סי' ע"ה רמזו שם הכנ"הג על מי שלוה לפני מותו שיתנו לש' י"ג חביות יין ולא נמצאו כי אם י'חביו' והיה לר'כרם אחד ושאל השואל אם מחויינן ראובן להשלים מהכרם כו' והשיב דאין לספק דאין לשמעו' שום זכות בנכסי ראובן כי אם יו"ד חביות אבל בשאר חביות דאינם נמצאות אין לו שום זכות דלא נתכון וכו' ואפי' אם היה ראובן מלוה בפירוש יע"ש הרי לכאורה ילפינן לנ"ד דלא אמרינן דבדוק' קא מלוה ותתבטל מתנתו מאחר דנעדר מדע' מלוחתו והוי מתנה בטעות אלא כונתו ליפות ולהרבות מתנתו כלי שיוכה המקבל בשופי ואכ"ג בהעדר דבר מה מלואתו לאו מיסדר קא מהדר דלא ליזכה במקצת אלא בירוב ובין מיעט יזכה ומינה לנ"ד ואף מהר"א ן' יעיש כפי משמעו' דבריו לאו על טעם זה בלבד סמיך

אמנם משמע דאיכא לפלוגי בין הנושאים מנדון מהרש"ך לנ"ד דבשלמא אי הוה אמר ך' בוטאם אני מוכר לך ולא השיגה ידו לעבוד בזמן הבציר בשלמות ך' בוטאם ולא פחות בום ממש כנדון מהרש"ך גרס היכא דמתנה כי האי ליסנא אם עשה ך' בוטאם אני מוכר ג' אם איתא דדעתיה דהמוכר למכור גם אםנעשה פחות מך' מכו' יתר הי"ו לא היה לעלות על שפתיו בראשית אמרו אלא בי"ח אחד ובי"ט ב' ובי"ך ג' כיון דדעתו וכונתו לתת לו הן מעט והן הרבה מה תאמר דאין ראיה ממאי דנקיט בלשניה הכי דדלמא לקצר אמריז נתכון א"כ אין ראים מתשו' מהרש"ך לנ"ד וראיתי להרשב"א בחי' לקדושין פ"ג בד"ע ע"א וז"ל ומסתברא דוקא בשאין לו קרוב באותו מקום אלא רחוק ממנו וכו' אבל אם יש לו במקום אחר נקרוב מקום כמוהו מקודש'ואע"פ שהכנס נפי ע"מ שיש לי במקום פ' כיון דאין קפידא בדבר אלא בני אדם הנן לא קפדינן דאין אדם מתנה כדוקא כו' יע"ש הרי דלמדנו מדברי הרשב"א דאע"ג דמשמעו' ליסנא דהמתנה דקאמר במקום פי'לאפוקי מקום אחר חוץ ממקום פ' מ"מ כיון דליכא טעמ' לקפידאו מפרשינן דיבורו דלא בא למעט אלא דוכתא אחריתי רחוק מזה אמנם דוכתא אחריתי קרוב כמוהו קרי ליה מקום פ' ומאי דנקט בלישניה פ' לדוגמא דקורבא נקטיה מינה לכאורה בנ"ד כיון דאיכא למימר דמאי דנקט בלישניה ך' בוטאם אני מוכר לך ג' הוא מאחר דבא לגמר דבריו דבעשרים וחמשה ד' בוטאם . אלא דק בלישניה למנקט ך' ולא להתחיל י"ח וי"ט כיון דלא אשכחינן טעמא לקפידתו דאם קבל עליו דבך' בוטאם מוכר לו ללוקח ג' בוטאם דהיינו הי"ח והי"ט והך' ומשייר לעצמו השבעה עשר בוטאם א"כ לא ירדנו לסוף דעתו דאם עושה י"ט וי"ח מקפיד בדבריו ואינו מוכר לו כלום ובסברת הרשב"א ש"ל לאחד מן הגדולים ז"ל לא נודע שמו יע"ש ואע"ג דהר"ן והרב"ה חלקו ע"ד הרשב"א ז"ל ועיין להר' פ"ת בס' מ"ח פ"ז מאישות ומר"ן ז"ל בב"י כתב דגם הרמ"ה קאי בשיטת הר"ן עכ"ו לא מגרעה לנ"ד דע"כ לא אמרו ז"ל אלא דוקא משום דקפיד בלישניה בהדיא דאמר בפיו ובשפתיו במקום פ' מתשו"ה ש"ל להר"ן והר"ה ז"ל דלא מפרשינן דבריו דבא למעט דוקא רחוק ומאי דנקט בלישניה מקום פ' לדוגמ' נקטיה אמנם בלישנא דנ"ד דליכא קפידא בהדיא בלישניה אף הר"ן והר"ה ז"ל מודו דאין כונתו אלא מאחר דבא לגמר דבריו דבעשרים וחמשה מודה לו ד'בוטאם נקט בלישניה ך' בוטאם ועי' להר' מח"א ה' גירושין דע"ו

ברם שמעתי משם הח' הש' הליין המלויין כמהר"ר עובדיה נתן נר"ו הוא אמר דכפי דעתיה דמר בנ"ד שלו בדוקא אמר ך' בוטאם

וקפיד

וקפיד למעוטי. אם עושה פחות מד' בוטאים ואני אומר דלפוטרו בלא כלום אף לגבי שבוע'. כגון דא צריך אני למודעי ורב גובריה ורב חיליה למר דפטרו אף באנפא דאיכא שבוע' ולמיחש מיהא בעיא דלדידי שגם דליכא שבוע' צריכה תלמוד לומר דקפיד ומתבטל המכירה הנלע"ד כתבתי

הצעיר אליעזר די טולידו

סימן קד

שאלה על ענין המודעא דכתיב בה וז"ל וכה דברו אלינו הלא תדעו הלא השמעו איך הר' פ' חייב לנו סך עלום וזה ימים שירד לשברי' ומבקש מבעלי חובותיו ומאיתנו להתפשט עמו ע"כ שלא בטובתינו והנחנו לא נדע מה נעשה דלעיתות כאלה אין בידינו כח ואל לעשות עמו דין ולהפרע מאיתו מאומה בעבור שהוא נהבא בבית ע"כ אמרנו בלבנו להודות לו ככל אשר יתבע מאיתנו עד אשר ישוב ויתחיל לישא וליתן ונמצא שעת הכושר לגבות כל זכיותינו באופן שהרי אנו מוסרים מודעא בפניכם כתקו"ל לכל מה שנודה לו ונתפשר עמו הן למחול הן להרחיב לו זמן מה הכל הוא על צד האונס כו' דאם לא נודה לו לא יחזור לאיתנו הראשון לישא ולתת ואין לדבר סוף ואף דיבקש מאיתנו לכתוב לו שטר מחילה ופטורין וכו' הכל הוא ע"כ האונס כאמור ואף שנשבע לו ש"ח ע"ז מ"מ אנו נשבעים לו כדרך שנשבעים לאנסים ולמוכסים ובשעת הוצאת השבועה מפינו הרי אנו מכוונים בלבנו דכל זה דאנו נשבעים לו הוא ע"ד שנלך תוך ג' ימים לפשרה ההיא לעיר אינדריאנו ואז יהיה קיום לפשרה ההיא באופן שלכל שלא נלך תוך ג' ימים לפשר' ההיא לעיר אינדריאנו לא יהא תלות לפשר' ההיא וכו' ואף דנכתוב לו ביטול מודע' ע"ש כו' ונפסול וכו' הכל הוא ע"כ באונס כו' ואנחנו עדים ח"מ ראינו צרת נפשם כי רבה וקבלנו מסירת מודע' הלזו והכרנו באונסם שאונס גמור הוא ונשבעו בפנינו ש"ח שלא לבטל מודע' הלזו כי אם באחד מב' אופנים או בפני ב"ד הגדול שבירוש' או אף שיהיה בח"ל צריך שיהיה באופן זה דהיינו שנאמר המודע' דמסרתי בפני פ' ופ' בטלה היא תבטל ויפרש את שמותינו ויקרע אותה קב"ד וכו' עכ"ל המודעא ועתה באו הר' פ' ופ' אם יש יכולת בידם לפום דינא להוציא מכח מודעא הלזו מיד הלוה או לא

תשובה מה שיש לשאת ולתת בשטר מודעא הלז הוא דכתוב בשטר דהאונס הוא יען דלעיתות כאלה אין כח ואל בידינו לעשות עמו דין ולהפרע ממנו מאומה בעבור שהוא נחב' בבית כו' דנמצא דהלוה לא הגזים ולא פחד אותם בשום פחד כלל ועיקר אלא הנה הנם מצד עצמם רעדה אחזתם ברואים את הלוה כלאו בבית ואינו יכול לישא וליתן בעיתה כמשפט הראשון א"כ יש להסתפ' לכאורה אם זה מקרי אונס מאחר דלי' ליה ללוה לשלומי כל דמי המלוה כי מטה ידו והוא ירד לשברי'וש עיד' ועידני' ומיראתו של המלוה רצה לפשר ועל זה מסר מודעא בכה"ג כתב ה' מעיל שמואל סי' ט"ל וז"ל והנה ראשית כל במה שאמר ראובן דאין לו במה לפרוע נ"ל דאין זה אונס דלא מקרי אונס אלא כגון ההיא גוונא דפרדיסא כו' דכפר ליה לגמרי כו' אבל בנ"ד נר' דלאו אונס הוא דהלוה אשתמוטי קא משתמיט כו' ולא כפר ליה יע"ש הא לאדת דפשיט ליה להר' דכל זמן דליכא הכחשה וכפירה בין שניהם המלוה והלוה אלא דאין ידו משגת לשלומי במשלם והוצרך המלוה להתפשר עם הלוה בכי האי גוונא ליכא אונס למסור מודעא גם ה' כמ"א ח"ב סי' ז' די"ב ע"ב וז"ל והנה לפי הנראה משמ' דאונס זה אין בו כדאי לבטל המחי' וטעמ' משום דאונס זה לא בא למלוה מצד הלוה שהוא מאנס אלא דהמ' מתפחד מעצמו שמא ישמעו התוגרמים הנושים בו ויעשו קוראמה כו' ולכן נתרצה לעשות פשר דבר נמצא דאין הפסד אונס זה בא לו מחמת הלוה כו' ולפי הדין יראה דכך ראוי לדון כיון דנהגו התגרים בכך וכו' ואף דזה אינו אלא בחובות של ישראלים אבל כשיש חובות לישראלי' ולגוים פורע ליש' תחילה וכו' מ"מ המלוה מתפחד שאם יביאנו ללוה ויכפהו לבא לב"ד ישמעו הדברים בין הגוים וכו' ויעשו הקורמ"ה כפי דינם ובין כך יפסיד המלוה חובו וכו' נמצא דהוא מעצמו מתפחד מזה ואין יד הלוה בכל זה האונס יע"ש

למדנו מדברי ה' ז"ל דכל לוה דיש לו נושים רבים ובא אחד מן הנושים ונתרצה עם הלוה ועשה פשרה דאז וקודם הפשר' מסר מודע' לא מבעיא אם הנושים הם ישראלים דאין המודע' כלום דכיון דכך ראוי לדון אף בדייני ישר' כפי נימוסם של התגרים לעשות קוראמ"ה כפי חלקם של כל אחד ואחד אלא אף בנושים גוים וישראלים ולפו' דינא מצוה הלוה ליפרע במשלם לישראלים מ"מ אם ישר' המלוה מרוב פחדו של שאר הנושים גוים לא רצה לכופו להזמינו ללוה לבא לפני דייני ישר' משום שמא ישמעו ויעשו קורמ"ה בכה"ג אין אונס מקרי משום דאונס הבא מעצמו הוא

ומעתה נ"ל נמי מאחר דאין הלוה הגזים והפחיד את המלוים בשום צד ואופן כלל אלא דבא בטע' עליהם מאחר דהוא ירד לשברים ויש עידן ועידנין דהוא נאסף אל הבית מפחד הנושי' א"כ אם תרצה להתפשר בסך מה ישלם לשם תכף לפשרה ויתנו מחילה על שאר החוב ואם אינם מרוצים בפשרה ירחיבו לו זמן עד שיתחיל לישא וליתן כמאז ומקדם ויפרע להם במשלם והם המלוים הנה הנם מרוב פחדם ברואים את הלוה בעתה דאין ידו משגת והוא כלאו בבית ואם יזמינו ויכיפו אותו לבא לפני דייני ישר' איכא למיחש שמא ישמעו שאר הנושים כו' וכמו שכתב ה' פמ"א דהמלוה חושש לזה ועל ידי כן נתרצו ויאותו בפשרה נמצא דהאונס בא מעצמם בלתי שום איום וגיום מצד הלוה א"כ כל שהאונס לא בא מצד הלוה אינכאן אונס והמודע' לא מהניא

אמנם

אמנם זה שכתבנו הוא במונח דבעינן אונס גרם מאחר דנ"ד הויא פשרה בחוב ברור דאין בו שום כפירה. והכחשה בין שניהם המלוה והלוה וכבר כתבו גדולי האחרונים ז"ל דע"כ לא כתב הרמב"ם דפשרה דינא כמכר אלא דוקא בחוב דאית ליה למלוה פחד ואימה בתביעתו שירא פן יפסיד תביעתו בדין אמנם היכא דהחוב הוא ברור ואין ביניהם שום טענה המביאה לידי הכחשה וכפירה בכה"ג דין מתנה גמו' יש לה יעויין למרן ב"י סי' כ"ה סו' סעי"ב בהג"ה הגב"י אות ע"ט ופ"ד פמ"א ה"א סי' קי"ט וח"ב סי' ז' א' ר"ב. אנג"ל סי' ל"ז מהרח"ש ח"א סי' כ"ה ול"ו וא"כ מאחר דדיינינן לה לפשרה דנ"ד דין מתנה א"כ לא בעינן אונס אלא בגילוי מילתא בעלמ' סגי

וכי תימא הא פלוגתא דרבוותא בפירושא דשמעתא דאמרו בתלמוד מודע' דמאי אי דגיטא ומתנה בגילוי מילתא בעלמא סגי דלדעת רשב"ם והתוס' והרמב"ן שם יעויין בא"ו שם דלעולם בעינן אונס ומהימנינן ליה בדיבורו דאנוס הוא ולא בעינן דידעי העדים באונסיה אמנם אם יתברר הדבר שלא היה אנוס לאו מודעא היא וכמ"ש מרן ב"י שם סיע"ב והגם דמהרש"א הביא דבריו ה' בנכ"ג שם הגב"י אות ס"ד דסב' רשב"ם והתוס' הוי מיעוטא דמיעוטא והיה אפשר להקל ושלא לחוש לסברה זו וכו' מ"מ כבר כתבו שם דמהרש"ך ומהריב"ל סברי דהמחזיק יכול לו' קי"ל ועי' מהרח"ש קו' מודעא דף ו' ע"ג ודכ"א ע"א ובה"א ס' כ"ה וכיון דכן דבעינן אונס אף במתנה א"כ הגם דכתבינן דפשרה בחוב ברור דין מתנה יש לו מ"מ אי ליכא אונס לאו מודעא היא מ"מ הרי כתב מהרח"ש שם ד"ף ע"ב וג' דמתברר מתשו' הריב"ש דסי' רל"ב דאף לשיטת רשב"ם ודעימיה דלא מהגייא מודע' בלתי אונס מ"מ קלת אונס מועיל לשהשיב מודעא אע"ג דאינו גמור מכד עצמו והכריח הריב"ש שם מההיא דאמרי' והויא מודעא להברתם וכו' והדבר מבואר דאונס זה לאו אונס גמור דאם ירצה לא ישאנה דיכוף את יצרו ולא יתן לה מתנה כו' ואמרי' דהויא מודעא מחמת אונס גרוע כזה כו' יע"ש וכתב שם מהרח"ש ז"ל דדינו של הריב"ש לא מצינו חולק עליו וסברה נכונה היא יע"ש הרי דאף דאונס מנפשיה לאו אונס הוא כלל היינו דוק' במכר אבל במתנה אף דבעינן אונס לדעת רשב"ם ודייעתיה מ"מ אונס הכא מחמתיה נמי חשיב אונס כל דלגבי דיליה מתפחד ואימה נופלת עליו אף דאין האונס אונס גמו' מ"מ מהניי' מודע' א"כ בנ"ד נמי הגם דנאמר דבשביל דהלוה נהב' בבית ואינו יוצ' ליש' וליתן לא מקרי אונס מ"מ כל לגבי מלוה מילת' כדנ' מתפחד ומתייר' על ממונו ה' אתי ה' לא אתי וכיון דמסר מודע' שפיר אהניי' מודעתו אליב' דכ"ע

ואיברא דראה ראיתי להר' פמ"א ח"ב שם סי' ז' די"ב ע"ג שכתב דאף במתנה בעינן אונס דאתי ליה מאחריני אבל אונס דאתי ליה מנפשיה לא חשיב אונס ותלה זייני' מתשו' התשב"ץ דהבי' מרן בא"ה דלגבי גט אונסין דנפשיה אינו פוס' ... דמתנה וגט כולן שוין לדינ' וכיון דלגבי גט בעינן דאתי ליה מאחריני. דוק' מינה למתנה דאונס דאתי ליה מאחריני דוק' חשיב אונס יע"ש והרואה יר' בתשו' התשב"ץ בח"א סי' א' והיא חסר רמוזה מרן דכל זה הוא בלא מסר מודע' ברם היכ' דמסר מודע' הגם דהאונס לא אתי ליה מאחריני אלא מדנפשי' ביטול מודע' בעי'. ע"ש בד"ב ע"א ד"ה אונס' דנפשיה כו' ובד"ג רים ע"א ושוב ראיתי להר' שער' שמ"ך ה' מכירה דפ"ב ע"א וע"כ דעמד ע"ד הפמ"א ומהרא"ח ז"ל

ואף שיהיה נתברר מזה שכתבנו בנ"ד דאהני' המודע' הגם דהאונס הויא אונס מדנפשי' ודרך אגב ראיתי להרב פמ"א שם בדי"ג ע"ג שהקל מתשו' הריב"ש שכתב דכל דמקבל מעות בגירושין דמי לזבינים לענין דאם ימסור מודע' צריך דידעו העדי' באונסו ואי לאו מודעי לאו מודע' דכיון דהמקבל מעות מעצמו לאו גילוי מילתא כו' וה"ה לפשרה אע"ג דליכ' ה' דזבינ' ודמיא למתנה היינו לענין דלא אמרי' אגב אונסיה דזוזי גמר ומקניה אבל לכאי דינ' דמיא פשרה לזביני לענין שצריך שיכירו העדים באונסו וכל דמסר מודע' ולא הוכירו העדים דידעו באונסו לאו מודע' דומי' דזביני יע"ש והנלע"ד דהרב המרחק וליכ' למילף מקבלת מעו' בגירושין כו' דע"כ לא אמרה הריב"ש אלא בגירושין דוק' דאיכ' למימ' נעשה הבנאה המגי' לו בקבלת המעו' אבל פשרה הדומה למתנה דמקבלת מעות שקבל אינו אלא מקצת חובו ולגבי כנשאר שמחל אינוכאן קבלת מעו' כלל ולא דמיא לגירושין והכי מתברר מתשו' הרשב"א ז"ל הגם דבתשו' הנז' בדף ה' ע"א כתב דבגט דאיכא קבלת מעות דמיא לזביני ולא הויא מודעא עד דהכירו העדים באונסו יע"ש עכ"ו בח"ב סי' רכ"ו כתב דבמחילה הגם דקבל המוחל מעות מ"מ אותו מקצת שהוא מוחל הוי מחילה בכלו אם מסר מודעא ואמר שהוא אנוס אע"ג דהאונס נגלא שקר מודעיה מודעא וכ"כ מהר"א ן' טאווה בתשו' שנש"ם התשב"ץ סימן כ"ו ורמז שם תשו' מ"ו ז"ל הנז' בסי' רכ"ז וע' להרב כנה"ג ח"ה סי' קל"ד הגב"י אות ל"א וביד אהרן שם

אמנם ראיתי למהר"א אלפנדארי בס' אליהו רבה סימן ע"ו דס"ה ע"א לתרגמה תשו' מהרשד"ם דסי' קי"ח דטעמו הוא דעם היות דהאמת דהחוב ברור מ"מ כיון דשמעון היה טוען דלא היה לו לפרוע כו' לא היה יכול לברר שהיה לו לפרוע הו"ל כאלו כיחש לו שאינו חייב לו כלום וכיון דהכא הפשרה הויא כמכר משום דאי הוה קאי בנחבע בטענתיה דאינו חייב לו והיה נשבע ע"כ לא היה התובע לוקח כלום ומשום דנתפשר לוקח מה שלוקח הכי נמי הכא אם היה עומד הנתבע בטענתי' דאין לו במה לפרוע היה נשבע ונפטר כו' ואין המודע' מבטלת הפש' משום דאין כאן אונס ניכר כו' ומודה מהרשד"ם דכל שהחוב ברור ויש לו לפרוע אלא שהוא אלם ואינו יכול להוציא מידו ומחמת כן הוכרח להתפשר דדינו כמתנה ונדון שלו שאנישהים טוען דלא היה לו לפרוע ולכן דינו כמכר עכ"ד הנה מפו' מדברי הרב מהר"א אלפנדארי ז"ל דכ"ש בנ"ד דכאו' ... דא לא נודע לו כו' לא יחזור לאימ' ... זון

בראשון ליטא וליתן ואין לדבר סוף ע"כ . דנמצא דנתברר באר היטב לשמואלים הנו' דאין לו לגוב לפרוע דמטה ידו והנה אמת יהנה הכל של לוה וא"כ באי פשרה דינו כמכר ובעינן אונס גמור דומי' דפשרה בחוב שאינו מבורר אבל הרב מעיל שמואל שם כתב וז"ל אבל הכא בנ"ד שאין כפירה בסך הממון אלא דהלוה טוען דאין לו במה לפרוע והמלוה מחל לו קצת מהחוב כדי שיפרע לו ודאי דאפי' הרא"ש ז"ל יודה בזה שהוא מחילה גמורה והמודע' קיימת ע"כ הרי דס"ל דלא ממעטינן אלא דוקא בכפירת ממון או הוי הפשרה כמכר אבל היכא דהטענה הוא דאין ידו משגת ומש"ה מתפשר עמו אז דיינינן לה כמחילה גמורה ודלא כמהר"א אלפנדארי ז"ל וליכא למימר דנ"ד שאני דנתברר למוחלים דאמת יהנה הכל של לוה דאין לו במה לפרוע כנז"ל ואפי' הרב מעיל שמואל יודה וע"כ לא אמרה הרב אלא דוק' היכא דתפיו של לוה אנו חיים דטען דאין ידו משגת ואין דעת המלוה מסכמת דאין לו אם לא דלא מצי לברורי דיש לו ומשו"ה בפשרה יש לה דין מחילה דהא ליתא דהא כתב שם בסו"ד אבל אם באמת ירד מנכסיו ואח"ך הזמין בידו המקום שום ריוח נראה דהמחילה קיימת מכח השבועה ע"כ טעמא דאיכא שבוע' במחילה הא בלאו שבועה אז המודעה מבטלת המחילה מאחר דאין נכנס כפירה וראיתי להנ"ד ח"מ סימן קי"ג דקי"ו ע"ד דכתב וז"ל וגם לא היה לו למלוה ס' שיפסיד הכל נדין דהרי היו לו שטרו' קיימי' כו' מ"מ היה בספק שלא תשיג ידו לעו' ויפסיד הכל ולכן מה שמחל השאר הוא מכר שמכר ברצונו בגמור דלא מהני מודע' אלא כו' משמע שהיה בידו של לוה יכולת ליתן אותו מקצת כו' וכיון דלא רצה כו' הוי מחילה באונס בלי נתינת דמים כו' יעו"ש הנה הרב יצא נידון דאם הפשרה היתה מפני שלא היה לו ללוה לפרוע אפי' אותו מקצת בנתן אם לא שלוה מאחריני או שמכר כלי ביתו דנמצ' שדחק עצמו יותר מן הראוי אז דיינינן לאותה פשרה דין מכר מפני דהמלוה מסופק שמא לא תשיג ידו לעולם אמנם היכ' דאותו מקצת הוה בידיה של לוה ולא רצה למוסרו בידיה של מלוה אם לא דמחל לו השאר כל כה"ג דין מחילה יש לה וא"כ בנ"ד דמה שנתן לאם כבר היה בידו ולא רצה למוסרו בידם אם לא יקבל שטר מחילה מידם ככה"ג הו"ל כמחילה גם לדברי מוהר"א אלפנדארי הכי הוי וכמ"ש שם וז"ל והנה' אלי בגופ' דעובד' דנדון מהרשד"ם דעובד' הכי הוה דהיה טוען דלא היה לו במה לפרוע וזולת ד' אלפים דהיה נותן אחר בעדו ע"ת כו' יעו"ש

ועל דברת שבועת אלהים אשר נשבע במחילה וביטל כל המודעות כו' דנמצ' דאיכ' תרי שבועי' דמכחשי אהדדי הנה כבר ראינו רוב לגדולי האחרונים דסברי דכל דהמודע' היא עומדת וקיימת דנעשית כדינה אין השבועה האחרונה הבאה בשטר שמחילה מבטלת הראשונה אלא הראשונה. כדקאי קאי וגובה חובו והשניה הויא שבועת שוא יעו' למהר"י אדרבי ז"ל סי' קט"ן גם ה' משפטי שמואל סי' ל"ה רמזו הרב כנה"ג הגה"ט אות ע"ה כתב וז"ל ועוד אני אומר דאליב' דכ"ע אחרי דכתוב בשטר מודעא דזה נשבע כו' א"כ מה שנשבע אח"ך שלא לתובעו הרי נשבע לבטל ראשונה ולא חלה השניה דאין שבועה חלה ע"ש כו' יעו"ש ומהר"י אדרבי ומהר"ש אלמושנינו שקלו וטרו שם והסכימו לדינ' כפסקו של הרב משפטי שמואל הנך רואה דג' הרועים הללו סברי מימר דשבועה דמחי' לא חלה לבטל את הראשונה אלא דהויא שבוע' שוא דהכי מתברר מרובן של גדולי האחרונים ז"ל וכמו שנקבצו באו בהני ספרי דבי רב הרב כנה"ג והרב ב"ה ז"ל והרב מט"ש ז"ל הנ"מ שם סימן ר"ה

אמנא שמהרשד"ם סי' ת"ט יצא לידון בדבר חדש דהיכא דאיכ' שבועה במחילה נתבטלה המודע' דאע"ג דנודרין לאונסין בחושב בלבו היום היינו דוק' משום דהגולן רוצה לגוזלו מן הנגזל אבל הכא דהנתבע מוחק לא תקנו שבועה להוציא' בחושב בלבו שום ערמה ותחבולה עוד. איכא טעמ' אחרינ' יעו"ש א"כ מינה לכאור' בנ"ד לא אהני' להמוחלים במה שחשבו בלבם בשעת שבועה המחילה כנו' בשאלה והמחילה קיימת לפי דעת מהרשד"ם ז"ל והרב כנה"ג שם כתב וז"ל והרא"לנ"ב ס' קנ"ז כ' דאונס ממון לא הוי אונס אע"פ שאמר בלבו היום. אליבא' דרוב' דרבוות' ואע"ג דבכל מקום דאיכ' פלוג' דרבוו' יכול המוחזק לומר קי"ל שאני הכ' דאיכ' שבועה ויש להחמיר וכן מתבאר מדברי מהר"א חסון נת' כ"י ע"כ הרואה יר' דאין מת' מהרשד"ם ותלמידו מהר"א די בוטון ז"ל מנגד לנ"ד דע"כ לא כתבו ז"ל אלא דוקא היכא דאין שבועה מוקדמת במודע' דאם השבו בשבו' המחילה אמנם היכ' דקדמה שבועה במודעה כנ"ד דביטה בשפתיו שלא למחול ולוותר מחובו כ' ושבשבוע' א"כ שבועת המחילה הבאה אחריה לא מצאה מקום לחול דמוספס לפוס דינ' דאין שבועה חלה ע"ש אחר דהוא מושב' מה"ס לקיים שבועתו הראשונה ות' הרא"ש דכלל ח' כבר עמדו עליה רבנן תקיפי יעוי' ח"מ סי' ע"ג וי"ד סי' רל"ו

ושוב ראיתי להרב מ"ל ח"ג סי' יו"ד ורמזו שם המט"ש דנשא ונתן הרב בזה ובדל"ת שניא תשו' מהרשד"ם הנז"ל שכתב דאם כ"כ מהרשד"ם הוא משום דלא נשבע קודם לכן שבועה מנגדת לשני' אבל בנ"ד שנשבע בראשונה כשניה הויא ש"ש תכף וחייב לקיים הראשונה דהיא משנה וירושל' ע"כ וא"כ למדנו דבנ"ד מודו מהרשד"ם ומהרא"ד"ב דגובה חובו ולית מאן דמעכב בידיה מחמת שבועת שמחילה אלא דבדברי הר' כנה"ג מוכח לכאורה להפך דהבין תשו' מהרשד"ם דדינו דין אף דקדמה שבועה במודעה עכ"ז השבועה דבשטר המחילה הבאה אחריה היא מבטלת הקמייתא דכתב וז"ל נשבע על המחילה כו' המודע' קיימת מ"מ כו' אבל מהרשד"ם כתב דאם נשבע על המחי' מודע' בטלה יעו"ש והרי תשו' מהרי"א והמ"ש והנלוה עמהם הנם הנם מדברי' בקדמ' במוד' ומהרשד"ם לא איירי אלא בדליכא דוקא באחרונה ולא בראשונה וכדברי הר' מ"ל כאמור ועוד יש לדקד' ע"ד הר' כנה"ג בהאי לישנא שהביא דברי ה' להר"י דהרואה יר' שם דלא הביא דרוב' דרבוות' סברי הכי

סגי אלא בלתי סוכרת בלבו היום ואח"ך ראיתי דברי רבו ז"ל דס"ל דלא אהניא מחשבה היום יע"ש ומשמעו' דבריו דאזיל ומודה בשי' רבו ז"ל גם מתשו' ה' בני אברהם ח"מ סי' מוכח לסברת מהרשד"ם הוין אף בשבו' דקדמה במודעה דנ"ד היה בשבועה במודע' והרגיש מתשו' מהרשד"ם וכתב דיחידאה היא יע"ש

ואיברא דמ"ש ה' בני אברהם דס' מהרשד"ם לית דחש לה הנה ה' ב"ד ז"ל ח"מ סי' קי"ג סמך דעתו על סברת מהרשד"ם הלוו גם הר' ב"ד הבין תשו' מהרשד"ם אף דאיכא שבועה במודעה יע"ש שדימה נדונו לנדון מהרשד"ם ומעתה תפשר לומר בנ"ד נמי דהמודעה בטלה ואין כדי במה שחשבו בלבם בשעת שבועת המחילה לבטלה מאחר דסברת מהרשד"ם וחשו לה הרא"ז"ב תלמידו וס' ב"ד כנז"ל

ואיברא דעלה ע"ד לו' דאי נקטינן דטעמא דלא חלה השבועה בתרייתא הוא מאחר דכבר מושבע מתחי' ואין שבועה חלה על שבועה כנז"ל בתשו' הרב מ"ש והרב מהרי"א ומהר"ם אלמושנינו א"כ יוצא מזה דאף דכתבו דלא כמהרשד"ם וסברי דהמודעה קיימת ולא מגרעה כחה משו' שבוע' המחילה בנ"ד מודו דהמודעה בטלה מטעם דבנוסח שמחילה המוגבת היא דמחלו הנז"ל על כל משא ומתן דהיתה להם עם ראובן מיום ברוא אלהים על הארץ ובכלל נתנו לו נמי מחילה על עסק הנז' אשר המודעה בא עליו וכיון דכן הויא שבועה כולל' וכבר נפסקה הלכה לרובא דרבוות' דפסקו כהירוש' דשבוע' בכולל חייל לבטל את המצוה וזלת הר"ב המאור ז"ל והגם דבשבועת המחי' פרטו בלישנייהו המוחלים דמחלו מחילה גמורה בין בעסק הוב זה ובין בעסקים אחרים דבמלא דמזכיר האיסור בהדיא ורלב"א כתב שביהו דבריו. בעלי התוס' פ"ג משבועות דכ"ב ע"א ד"ה אלא כו' דע"כ לא אמרו בירוש' דשבו' חיילה בכולל לבטל את המצוה ואינו אוכל מצה בליל פסח דמגס אם ניטה בשפתיו שבועה שלא אוכל מצה בליל פסח ובשאר לילות אף דהשבועה כללית לא חיילה וסיפא דקתני שבועה שלא אוכל בליל פסח ל"ד אלא דמלכר נמי שאר לילות יע"ש

זמעתה בנ"ד נמי לא מכרע' האי שבועה בתרייתא אף דהוי שבוע' כללית מאחר דפרטו בלישנייהו כאמור מ"מ הרי מחלוקתו בלדו דר"י והרמב"ן והריטב"א והר"ן ז"ל ודעימייהו סברי מימר דסיפא דירוש' דוקא קתני דלא מלכר אלא ליל פסח אבל אם מלכר בהדי ליל פסח שאר לילות שגם דמלכר גופו של איסור עכ"ו שבועה כללית הויא וחיילה יע"ש ומינה בנ"ד דהגם דהזכירו בפירוש חובות אחרים וחוב זה דהם דנין עליו מה בכך מ"מ שבועה כללית מקריא דומיא לאומר שלא אוכל מצה ליל פסח ובשאר לילו' הויא שבו' כולל' לדע' ר"י ודעימיה וסיפא של הירוש' בדיוקא הוא דדוקא לדעת ריב"א קשיא להו דאמאי נקט סיפא ליל פסח וע"כ הריב"ש סי' ל"ח בהדיא דלדעת ר"י ודעימיה נשבע שלא יאכל בליל פסח לא מצה ולא פירות דמגו דחיילא כו' ואיברא דדברי הריב"ש מגומגמים לכאו' דלא היה צריך שאלתו לסביא דמיון זה מאחר דהאי לישנא הוא פלוגתא דרבוותא וכמו שחשש לה הריב"ש סי' קט"ן וכבר עמד ע"ז ה' מש"ל ה' שבועות פ"ה דין א' יע"ש

הכלל העולה מכל מה שכתבתי דנ"ד מחיל' מקריא ובאונס כל דהו סגי והמוד' הייתה קיימת אם לא היתה שבועת המחילה כוללת גרם מאחר דהיא כללית נתבטלה המודע' מאחר דר' הוא מוחזק דאלו לא היתה ר' מוחזק הוה אפ' לצדד ולו' לענין השבוע' דאיכא ס"ס דהעיקר' אפ' דסל' כריב"א דכל דמזכיר האיסור אף דכלל עמו פרטים אחרים לא הוי שבוע' כוללת ולא חלה השבוע' בתרייתא אלא שבו' המודע' השניה קיימת ואת"ל דה' כר"י ודעימיה דאף דמזכיר האיסור עכ"ו דיינינן ליה שבוע' כללית מ"מ איכא למימר כמו שלדד ה' מ"ל שם בשי' יז"ד דכל דהשבוע' היא באונס לא חלה ולא הויא שבוע' ע"ש כדי שנאמר דכל שהיא כוללת חלה לבטל את הראשונה ועי"ש להרב מ"ל שם סי' כ"ו

ולמאי דכתבינן לעיל סברת הרשד"ם דהאי תיקון דהיום לא מהני מחרי טעמי ראיתי להרשב"ץ ח"ב סי' ס"ב דס"ל הפך מהרשד"ם דקיים המחיל' ובטל המודע' מטעם דכיון דמסקינן באומר בלבו היום כו' ובנדון הזה כיון שלא טען התובע שהוא בטל בלבו כו' יע"ש הרי דמלא בספרי הראשונים ז"ל דפשיט להו שלא כדעת מהרשד"ם ז"ל ומהודענא דענין זה נשאתי ונתתי עם מורי הרב אליהו נר"ו ובה אמר דהגם דנאמר דמלינו חבר למהרשד"ם דס"ל כוותיה והוא ה' ב"ד כנז"ל מ"מ מאחר דכל פלוגתייהו לא הוי אלא לענין איסורא א"כ כיון דרובא דרבוותא פשיט להו דמהני ביטול בלב והמודע' קיימת שפיר מלינן למימר ליה ללוה שיפרע למלוה זילא ידי חובה מאחר דליכא הוס איסור למלוה בקבלתו ולא יסיה חלב ונבלה כל דאיכא גבן רבים הסוברים להיתר לא חיישינן למיעוטא הסוברים לאיסור וכמ"ש ה' בני אברהם ח"מ סי' ט"ו ופליג על ה' פ"מ סי' קע"ו ח"ב דפשיט ליה דבמקום שבוע' אפי' יהיה סברה יחידאה עכ"ן לא אזלינן בתר רובא דרובא יע"ש אלו דבריו נר"ו

ואיברא דראיתי לס' כנה"ג בתשו' ח"ב סי' קי"ב דהסכים לסברת ה' פ"מ והכי אולא ריהטא דלישנא במ"ש סי' קע"ו כנה"ג אות קל"ה ובת' ה"א סי' קל"ב גם מהרי"ט אלגאזי בס' שמחת י"ט סי' כ"ג דפ"ע הסכים לזה אמנם ה' כונת עולם סי' י"א כתב כיון דכלהו רבוותא כו' אין לחוש לס' מהרי"ם אף במקום שבוע' ודלא כהר' פ"מ יע"ש והיה אפש' לצדד דאין ראיה מתשו' זו של ה' כ"ע דאפ' דכל היליה הוא מטע' סתוספתא ועי' להר' פאת נגב ח"מ סי' ל"ד דאזיל בשיטת רבו ז"ל וכבר עמדתי במקום אחר בפרט הלז יע"ש ומעתה כיון דהאי סברה של ה' בני אברהם לאו סברה מוסכמת היא א"כ הדרינן לכללין דס' שבוע' להחמיר ואין כח בידינו להוציא ממון מר' וכאמור

אמנם

אמנם עלה ע"ד לומר מאחר דבאנו לזה איכ' לצדד ולומר דאי משו"ה לא איירי' דהא איכ' ס"ס בנ"ד ספק אי הלכה כרונן גדו' האחרו' דביטול בלב אסניי' והמודע' קיימ' ושפיר מפקי' ממונ' ואת"ל דה' כמהרשד"ם והרב ב"ד דלא אהני' ביטול בלב והמתי' קיימת דילמא ה' ככת האחרונים דלית לן למיחש בחשש שבוע' בזה ושפיר אמרי' ז"ל הב ליה דליכא גביה איסור' דשבועה דרביע עליה דמוחל ברם לדידי חזה לי דלא מכרעה דע"כ לא אמרוה ה' בני אברהם ודעימיה אלא דוקא התם גמת אחד מן השותפין דאין פתיך ממון בהדיא שבועה אבל היכ' דפתיך ממונא בהדיא שבועה כנ"ד אימא לך דאף הרב בני אברהם ודעימיה אזלו ומודו דמצי המוח' לומר קי"ל ככת הפוסקים ז"ל דהמחילה קיימת והמודעה בטלה מטעם דלא אהניא לפוס דינא ביטול בלב וכדמות ראיה לזה מאותו מחלוקת גדולי האחרו' ז"ל היכ' דאיכ' פלוגתא דרבוות' אי הוי א"ר או מותר דאיכא כת מהפוסקים ז"ל דס"ל מאחר דבעיקר דינא דממונ' ליכא שום מחלוקת אלא דנפל ס' באיסו' כיון דהוי ס' דרבנן אזלינן לקולא והכנגדו ס"ל דאף בזה אין בידינו כח להוצי' ממון מיד המוחזק וה' פ"ת ח"מ סי' ע"ג פסק דלא מפקינן וכבר הרב כ"יג ה' רבית סי' קפ"א עמד בזה וסיים לדינ' דעל הכל גדול כח המוחזק ויפה דן יפה ויפה ללזה ואין ספק דהכי דיינינן אנן יע"ש וע' להר' בני אברהם א"ה בפסק הטוענים ומהודענא דנדון הלז בא לפנינו בי דינא רבא ועילא מינןהרב המובהק מהר"ח עובדיא נתנו"ו והסכימו לדעתו לכשר וכך עשה מעשה כ"ד

הצעיר **אליעזר די טולידו**

סימן קה

נשאלתי על נוסח שטרא דנא וז"ל השטר בפנינו עדים ח"מ בא פ' ואמר לנו הוו עלי עדים וקנו ממני קג"ש וכתחז"ל כו' הריני מתחייב בחיוב ג"וש מעתה ומע' ושעה אחת קודם פטירתי שכל נכסי אשר ימצאו אחרי ממלבושים ומטלטלין וכלי הבית ותכשיטין ומרגליות ועדי זהב ומעות אשר ימצאו אחרי פע"הק חברון מדודי' בעין וכל הסך אשר ימצא נתון לריוח היום פע"הק ירושלים ת"ו הכל כאשר לכל הקדשתי רביע כל נכסי כו' לעניים ואביוני' אשר פע"הק חברון בקג"ש ע"מ שיקנה ההקדש הנו' מעכ' ושעה אחת קודם פטירתי כו' והשלשה רבעים מכל אשר ימצא אחרי הרי הם לירשאי אשר בקושטא יע"א אך בתנאי ג"וש עשוי לפ"ד כתחז"ל כתנאי בני גו"ר שכל המטל' והמלבושים והתכשיטים והמעות בין אשר ימצאו לריוח היום בירושלים ת"ו ובין אשר ימצאו מדודים בעין הכל כאשר לכל מה שישאר אחרי יהיו הני נשי נ"ב ובתי פ' רשאיות ושלטניות לעשו' כחפצם ורצונם ולהיותן ניזונות מנכסי כל ימי חייהן ע"ס ג' אלפים גרוש' בכל שנה דהיינו שירשאי נתחייבו לשלוח לשני נשי בכל שנה מהמעות שיש לי לריוח היום בקושטא יע"א סך ב' אלפים דהיינו לנ"ב אלף גרוש' ולבתי אלף גרוש' והנה בעתה הריני מתחייב בחיוב ג"וש כו' סך אלף גרוש' בכל שנה באופן שיהיה להן כיון שתיהן סך ג' אלפים גרוש' בכל שנה כו' ומעתה ומעכשיו הריני מגלה דעתי שכל מה שישאר אחרי כסף וש"כ הכל כאשר לכל כו' ישאר פע"הק חברון ביד הני נשי לבטחון דמי הספקתם הג' אלפים גרוש בכל שנה כל ימי חייהן ובהעדר א' מהן ישאר הכל כו' ביד הנשארת בחיים לבטחון הב' אלפים גרו' ותנאי גו"ש היה שאין להן רשות להני נשי לאת במתנ' ממלבושים ומטלטלין כי אם דוקא לעניים ות"ח מפע"הק חברון גם תנאי ג"וש כו' שאין להם רשו' להני נשי לשלוח בקושטא כי אם יע"ס שם מאות גרו' ממלבושים ואם סיו יהיה שאהיה ספוי בדעתי בשעת פטירתי ואחלק ממלבו' לעניים אין להן רשות לשלוח ממלבושי כלום כי אם שלש מאות גרו' מן המעות כו' ואם היו יהיה אמנע היתה מלשלות מקושט' הב' אלפים גרו' אשר נתחייבו ירשאי לשלוח לשתיהן או האלף גרוש' עד שלש שנים מעתה ומעכ' יהיו השלש' חלקים הנוגעים לירשאי כנז' יהיה הכל הקדש כו' לעניים ות"ח כו'

אף בזאת מיעתמעו הני נשי בהם כל זמן היותן בחיים וכמדובר ומחוייבים מעלת חכמי וגבאי קופ' העניים להשתדל בכל עז שלא להניח להנשי כו' לשלוח לקושטה יע"א כו' אפילו שוה פרוטה כ"א דוק' הכל כאשר לכל יהיה פה עיה"ק תחת יד ורשות הני נשי לבטחון דמי הספקתם וזולת השלש' מאות הנז"ל שיש להן רשות לשלוח ממעות וכמדובר כו' כל הנו' נעשה ונגמר מיד פלוני בפנינו עדים החתום מטה בקנין גמור ושלם במדל"ב ובשבוע' המור' כו' לאשר ולקיים כל הנז"ל דלא כו' או ליפוי' דמסת' לתרי אנפי אלא הכל יהא נדון לזכות ההקדש ואפי' שתהיה סברא יחידית נגד כל הפוסקים כו'

ועוד אמר לנו אף מעתה ומעכשיו אני מתחייב ומשעבד את גופי וגם אני מחייב לבאי כחי ומשעבד את גופם בכל החיובים הכתובים בשטרא דנא וכך אני אומר לכם שטר חיובא דנא כתבו בשוקא וחתמום בגררא כי היכי דלא להוי כו' ושו"ב וקיים

והנה מפני שלא נשאלתי לפרט ההקדש לא אשית לנגד עיני לשאת ולתת ולכתוב טורחיים אלא לענין הנוגע לדינא זכותן או הוכחן של הני נשי ואנא לאמרי הלא כה דברי אשמעט ואם הרבה וזה החלי הנה מה שיש להסתפק במילי דהאי שטרא הוא והוא בתנאי שהתנה הנותן דזה יהיה בתנאי כו' דאחר העדרו יהיו הני נשי רשאיות ושלטניות לעשו' כחפצן ורצונן ולהיותן ניזונות מנכסיו כל ימי חייהן וכו' דמשמעות ריהטא דהאי לישנא הוא

הוא דלא הקנה לכהן הנותן שום הקנאה בגופן של הנכסים כדי שיהיה לכהן לבני נשי כח מספיק בידן למכור ולתת כאדם העושה בשלו אלא משמעו' דבריו של נותן הוא דע"ש אלף גרו' הקנה לכן מן המעות שיש לו דבכל שנה ושנה לכהן לבדן יטלו לעצמן מן הפרות שיש לו לצורך ביום ובענין המלבוש והתכשיטי' ושאר המטלט' רשאו' הנה לאישתמושי בהו שימוש בעלמ' וכמו שאמר אך בואת שישתמשו הני נשי בהם וכו' א"כ האי לישנא דתנאי דכתוב בשטר דאין לכהן רשות להני נשי לתת במתנה ממלבושים ומטלט' כי אם דוקא לעניים וא"ה גם תנאי וכו' שאין לכהן רשות לשלוח לקוש' כי אם על פ' שש אלות גרו' וכו' דמתברר מהאי לישנא דלעולם הקנה לכהן בגופן של הנכסים הקנאה גמורה לתת ולמכור כאדם העושה בשלו אלא דהטיל תנאי הנותן במתנה שלו דלא יתן לזה אלא לזה או אפי' לשלוח לקוש' יש לכהן רשות וכח מספיק ע"ש מה וא"כ צריך לדעת באיזה לשון המועיל להקנאה הקנה לכהן הנותן הי' מש' האי לישנ' דאמר יהיה הני נשי כו' וכתב מהרימ"ט ח"מ סשי"ס' דהאי לישנא הויא לשון מתנה המועיל מדכתיב והיו לאהרן ולבניו ובשרם יהיה כו' וכד' מתנו' כהונה מלשון יהיה אפקינן יע"ש גם מרן מהריק"א בס' אבקת רוכל סי' ע' כתב דלשון יהיה הויא לשון מתנה יע"ש ומהר"ם אשכנזי שם סי' ע"א כתב ע"ד מרן ואפריין במטייה דודאי לשוניה עדיף מכל הני לישניה דיטול ויחזיק דאמר ר' ששת וכו' יע"ש

וראיתי לס' המבי"ט ח"מ סי' רי"ב על צואה שהיה כתוב שהספרים יהיו ביד אחיו ללמוד וכו' השיב וז"ל נר' דש"מ שאמ' יהיו נכסי ביד פ' לא הוי ל' מתנה דדוקא לישנא דיטול ויזכה וכו' הוי ל' מתנה אבל לישני אחריני לא וגרע ל' יהיו ביד פ' מלישנא דיהנה פ' מנכסי דמבעיא ליה בגמ' וכו' וכ"ש ל' יהיו ביד פ' דאינו ל' מתנה כלל דהוי כמי שאומר שיהיו מופקדים בידו ע"כ ומשמעו' דבריו שכתב דלא אמרו בגמ' אלא יטול ויזכה אבל לישני אחריני לא מוכח דל' יהיה לא מהני אף בלתי הזכרת ביד דהא לישנא דיטול וחבריו דאמרו בגמ' דמהני הוא בלתי הזכרת ביד וע"ז כתב אבל לישני אחריני לא ומ"ש אח"ך וכ"ש ל' יהיה ביד פ' הכוונה דאינו נכנס בכלל בעית התלמוד דלא אפשיט' אמנם מתשו' דשי' ש"ן מוכח דפשיט ליה להר' דל' יהיה הוי שפיר לשון מתנה ומאי דכתב שם הר' ושי' לדבר יהי לך אשר לך דקאמר עשו ליעקב והמנחה היתה כבר ברשות עשו והיה חוזר ליתנה ליעקב יע"ש אין כאן המו ראיה כלל דהרי לא נתרצה עשו במתנ' כלל מתחלה עד שהפציר עליו יעקב דאחר זה כתוב ויפצר בו ויקח וכיון שכן שפיר שייך ל' יהיו לך דעדיין לא נתרוקן זכייתו של יעקב ואיך שיהיה למדנו מתשו' זו דשי' ש"ן שדעתו של הרב המבי"ט דהאי לישנא דיהיה הוי לשון המועיל

וראיתי לה' כנה"ג ח"מ סי' רנ"ג הגה"ט אות כ"ח דרמז תשו' זו דשי' רי"ב ורמי עליה מ"ש שם סי' קל"ג וכו' ותירץ הר' כנה"ג דל' ביד קשיתיה להר' ואה"נ דל' יהיה בלתי הזכרת ביד מהני יע"ש והכי הבין ה' משאת משה ח"מ סי' י"ב דשאני נדון ה' המבי"ט דקאמר יהיה ביד כו' והכריח הדבר מאותם דשי' ש"ן יע"ש והמעיין יראה דאין ריהטא דלישנא דשי' רי"ב מורה כן וה' בעל העיטור דל"ה ע"ד כתב דאם אמר יהא לפ' כך וכך שהוא ל' מתנה וכמ"ש הרב כנה"ג שם ומ"ש ה' כנה"ג דמהר"ם יונה בסי' מ"ו הביא משם הרב העיטור דל' יהיה אינו ל' מתנה יע"ש הרואה יראה בדברי הרב העיטור בשורשם שם דנ"ה שע"ב דלא מחלק אלא בל' נכסי לך בלבד יע"ש ודברי מהר"ם יונה לא דייק הרב מאחר דלאו בהא קא שקיל וטרי

ומה שכתב שם הרב כנה"ג דמלשון הירושלמי דהביאו הרשב"א והר"ן פ"ק דגטין דתני שם מתנה וה לפי' טול כו' יהא מנה לפ' אם רצה לחזור אינו חוזר דמוכח דיהא ל' מתנה יע"ש אין ראיה מהירושלמי דהאי לישנא דיהא מועיל במתנה ודברי הירו' דמהני הוא בחוב ופיקדון וכמ"ש הר"ן שם וז"ל דמלשונו' הללו בחוב ובפקדון הרי נוכה דומיא דהולך יע"ש ואין לדקדק בהפך דדוקא בחוב מהני ל' יהא הא במתנה לא מהני דומיא דהולך דמהני בחוב ולא במתנה דיש לדחות וכמו שיראה המעיי' גם מלשון תשו' הגאונים שע"ג מח"ל סי' ל"ג דכתוב ואם לא מקיים התנאי יהיו כל נכסיו הקדש אין ראיה וה' כנה"ג בתשו' ח"מ ה"א סי' קפ"ה ורמז דבריו בס' כנה"ג סי' רמ"ו הגב"י אות ל"ו כתב וז"ל והרב הפוסקי' סוברים דל' יהיה הוי ל' מתנה ואפי' מי שחולק נכסיו לשיים ואחריה יהיה לפי החוקות משמ' דיהא הוי מתנה יע"ש והנה לימדנו הר' דע"כ לא פליגי אלא היכא דליכא הוכחה דלמתנה נתכון אמנם היכא דיש מוכיח מתוכו דלמתנה אכוון שפיר מהני האי לישנא דיהיה דלאו משום גרעותא דלישנא הוא כי היכי דנימא דלא אזלינן בתר כונתו וע'לה' שפ' נתבו' סי' קס"ד דקל"א ע"ב ועי"ג שאחר שקבץ כל הסברות שיש נתבאר, מוש דבר זה דבמחלוקת הוא שנוי ויכול המוח' לומר קי"ל כמ"ד דיהא לא הוי ל' מתנה ואפי' הוי לשון מתנה דוקא בש"מ לא במתנת בריא וכו' ע"כ

הנה הרואה יראה דכל זה שכתבנו לא מכרעא לנ"ד דמאחר דבא לומ' דהני נשי כן הנה יהיו רשאיות ושלטניות לא סגייא בלאו הכי דהאי לישנא דיהיה סובב הולך לגוף המקבל לו ואינו סובב לדבר הנתון כגון מנה וזה יהיה לפ' דקיימי רבוות' ז"ל ומ"ש ה' מ"ל בה"א דקש"ו ע"ג בלשון אני מניח דהוי ל' מתנה דאין חילוק בין אמירת אני מניח לפ' דשהנחה הורת על הנכסים שהוא דבר הנתון לאמירת אני מניח פ' יורש דההנחה חוזרת על גוף המקב' יע"ש דמוכח דפשיט'ליה דאיגא נכסי המאו' בלבד הנותן שליינן ליה לראשית מאמרו' כאלו אמר אני מניח נכסי לפלוני עכ"ו לא מכרעה לנ"ד כמוגן

עוד יש לדקדק בלישנא דהאי שטר' שכתוב ומעת' ומע' הרני מגלה דעתי שכל מה שישאר אחרי כסף וש"כ כו' הכל כאשר לכל ישאר ביד הני נשי לבטחון דמי השפקתם וכו' ע"כ דמאחר דנתן להני

להני נשי כח זוכות והשליטן בכל מכל כל מחוט ועי"ש בעל שיעשו כחפצם ורצונם וישתמשו בכל המלבושים והמטלט' וכו' בכל דבר ודבר השייך לאותו שמוש א"כ מאי האי דקאמר דמגלה דעתו דאחרי העדרו יהיו כל נכסיו ביד הני נשי לבטחון דמי שספקתם דמן הנשמע ממשמעו' האי לישנא הוא דלא השליטן הנותן להני נשי בהני נכסי בעודן בידן אחרי העדרו אלא בתורת תפישה ואחיזה להבטחת שספקתם ומטעמ' דאין לנותן שום אמנה על יורשיו שנקוט' שאחרי העדרו שלוח ישלחו להן להני נשי דמי מאשורם כמאז ומקדם אשר הוא בחיים הא אילו הוה ברור ליה לנותן שהיתה לו אמנה ביורשיו שהמה שלוח ישלחו להן להני נשי די מאשורם בסבר פני' לא היה מגלה דעתו בזה אלא תכף אחר העדרו המה יהיו זוכים בירושתם בלתי שום מניעה ועכוב כאשר זיכה להם תורה משה והן הנה הני נשי היו מחויבות למו לשלוח לקום' באותו פר' מהוט ועי"ש בעל

ולישב כל זה הנה צריך האי לישנא דרשא' ושלטאה מאי משמעותיה אי הוי לישנא דאפוטרופוסות בלבד דליכא שום משמעו' זכיה לא בעיקר הגוף ולא בפרותיהם או משמעותי' אף ל' מתנה והנה הריב"ש בסי' ע' כתב וז"ל אין ס' כי לשון שליט לכל הפחות מועיל להיו' אפוטרו' יע"ש והנה היה אפשר לצדד בדברי הריב"ש הללו דאין כוונתו דלשון רשאי ושליט הוא לשון משותף משמעותי' לישנא דמתנה ומשמעותיה לישנ' דאפוט' ומינה נאמר לנ"ד דכתוב בשטר דאין לשון להני נשי לתת במתנ' כי אם לפ' ולפי' או לאחרים דהיינו לשלוח לקוש"ז עד ס"מ כו' דמוכח מהאי לישנא דאקנויי אקני להן להני נשי הנותן בגופן של הנכסים הקנאה גמורה והשתא אי אמרינן דלשון רשאי ושליט הוא לשון משותף א"כ בנ"ד זכו הני נשי זכיה מעלי' מאחר דאיכ' גלוי דעת בדעתו של נותן דלמתנה גמו' איכון דהא ממשמעות דברי הריב"ש דסי' ת"ע הביא' מורם סי' מו"ר דכתב דאין בלשון רשאה ושלט' אלא שתהיה כמו אפוט' או לכל היותר שתאכל פירות בחייה אבל בגוף הנכסים מיד זכו בהם היורשים ע"כ

הנה למדנו מדברי הריב"ש אלו דבהאי ליש' דרשא' ושלט' ליכא אנפא לצדד בה דהויא לשון מתנה בגוף הנכסים אלא או אפוטרפו' או אכילת פירות דוקא א"כ מינה יש ללמוד לאותה תשובה דסי' ע' דכתב דלכל הפחות מועיל להיו' אפוט' כו' דכוונתו או מתנת פירות בלבד או אפוטרו' וא"כ נמצא דמתברר מדברי הריב"ש דאין לשון זה דרשאה ושלטא' הוא לשון משותף ומשמע לישנא דהקנאה בגוף הנכסים ומשמע לישנא דאפוט' אלא ליכא מתנת פירות וכן ראיתי לה' זרע אברהם ח"מ סי' ט"ו ד"ל ע"ג שכתב וז"ל דלמדנו הריב"ש דל' רשאה ושלט' הוא לשון משותף לא יפחות מל' אפוטרו' ולא ירבה יותר מאכיל' פירות כו' יע"ש וא"כ הורנו למש"ל דהיכי מצו ירביה הני נשי מתנה

אמנם הרואה ירא' להקת גדולי האחרונים ז"ל דלא הבינו דברי הריב"ש כמו שצידד דהנה ה' מהרי"ט קיון ז"ל בסי' ל"א ומהר"א ששון הובאו דבריו בס' מ"ל ח"א סי' ב"ן רמוס ה'. כנה"ג שם הגב"י אות ד"ן כתבו דמאחר דבנ"ל שאנו מסופקים בלשון אם הוא לשון מתנה או לשון אפוטרו' ואיכא צד להכריע הלשון לאחד מב' משמעיו' מפרשי' דנכלל הלשון נכלל יע"ש גם הרב פ"מ ח"א סימן ל"ה דפ"ו ע"ג וע"ד כתב וז"ל גם דהאי ליש' דרשא' ושלט' שכתבו הרא"ש והריב"ש ז"ל כו' כבר כתבו מהרש"ח ומהרא"ש דהריב"ש לא בא לשלול שאינו משתמע מיניה לשון מתנה אלא שהוא לשון משותף כו' וכיון דמשתמע הכי והכי היכ' דאיכ' הוכחות שמוכיחות או לישנ' יתיר' להכריע בלשון שיהא משמעותיה לשון מתנה הכי דיינינן כו' ע"כ והנה שהרב פ"מ ח"ב סי' ל"ע השכים ע"ד הרב פמ"א ח"א סי' ט"ל דלשון רשאה ושלטאה לא הוי אלא אפוטרו' היינו כמו שסיים שם הרב משום דלא הוה באותו נדון הוכחות דכיון למתנה והכי מתב' לע"ד מדברי גדולי המורים שהביא הרב כנה"ג בתשו' ח"מ דרי"ט ע"ד דס"ל דכל דאיכ' הוכחה דלמתנה איכון דייני' לישנ' דרשאה ושלטאה הוי לשון מתנה יע"ש ואף לדברי המורי' ז"ל שהביא שם שחלקו ופסקו דהיורשי' מוחזקים היינו טעמ' משום דס"ל דאין באותה הוכחה כדי לסמוך עליה דלמתנה איכון וכמ"ש הרב כנה"ג שם והמעיי' ירא' לשרב כנה"ג שם סימן קפ"ל דתפס במושלם פסקו של מהרש"ח דסי' ל"א מטעם דהכוכחה היתה כדי לסמוך עליה דלמתנה איכון וכמו שסיים שם הרב כנה"ג בהגהה גם הרב תורת חסד סי' רל"ט כתב וז"ל וכיון דהאי לישנ' דרשאה ושלטאה הוי ס' אמרינן המע"ה והיורשים מוחזקים ועל האשה להביא ראיה ע"כ ויע"ש סי' רכ"ט גם הרב עדות ביעקב סי' ע' דק"ס ע"ב וע"ג כתב דלשון זה דרשאה ושלטאה דכתב הריב"ש דהוי אפוטרו' מתורת ס' אתי עלה וכיון דכן אי יש להכריע בלשון אי משמעותיה למתנה הכי דיינינן יע"ש

גם ראיתי למהרי"ט צהלון סי' קפ"ו נשאל על צוואה דהוה כתוב בה ובכל שאר נכסי תהיה אמו רשאה ושלטאה לאכול הפירות ובמותה לא תוכל לתת במתנה כי אם לחברת א"י כו' והשיב דהאי לישנ' דרשאה ושלטאה עדיף מאותן לשונות שאמרו בתלמוד דמהני כגון יקנה יחזיק יזכה כו' ודברי הריב"ש שכתב דלכל הפחות יש לו דין אפוט' כוונתו דמן הראוי הוא לשון קנייה וזכות היינו דוק' היכ' דשייך כי הך עובד' דנ"ד אבל האם דשאלו שהיה רוצה להיות אפוטרו' ודאי דמהני לשון שליט א"כ בנ"ד כו' הכי פירושו ובכל שאר נכסי תהיה רשאה ושלטאה בקרן כדי שתאכל הפירות נמצ' שהקנה לה גוף הקרן לפירות עכ"ד למדנו מדברי מהריט"ץ דהאי לישנ' דרשאה ושלט' אינו לשון משותף כסברת גדולי האחרונים ז"ל שכתבנו אלא לשון מתנה הוא והיכ' דלא הוזכר בצואה אכילת פירות קנה אף גוף הנכסים

ואמנם אותה תשו' להריב"ש ז"ל דסי' ת"ע לכאורה הויא תיובתיה שכתב דאין בלשון רשאה ושלט' אלא שתהיה אפוטרו' או לכל היותר שתאכל פירות בחייה אבל בגוף הנכסים לא קנתה

קנתה יע"ש ואיך שיהיה למדנו מדברי גדולי האחרו' ז"ל שכתבנו כ"ה מהר"ש חיון ומהר"א ששון והרב פ"מ והרב כנה"ג וגדולי המורים והרב תורת חסד והרב עדות ביעקב כולהו ס"ל דלשון הלז דרשאה ושלט' הוא לשון משותף והכל נכלל במשמעותיה או אפוטרו' או מתנה ומהאי טעמ' כל היכי דאיכ' שום צד להכריע לאחד משני המשמעיות מפרשינן ואם ההוכח' היא המוכיח דלמתנה איכון הכי דייני' וזכה המקבל מתנה והגם דהרב נ"ל א"ה סי' ג"ן כתב דלו יהיה דמדברי הריב"ש משמע הכי מ"מ מאחר דהרא"ש פשיטא ליה דלא הוי אלא אפוטרו' והריב"ש מספק' ליה אין ספיקו של הריב"ש מוצי' ודאו של הרא"ש ויותר נ"ל דעל האמת לא פליג הריב"ש על הרא"ש כו' אלא לרווח' דמילת' כו' יע"ש דנמצ' לפי דברי הנ"ד דהאי לישנ' אינו אלא משותף וכדכתבו גדולי האחרונים מ"מ הרואה יר' שם מתחילת דבריו מאחר' דאפ"ה כל דאיכ' הוכחה דלמתנה איכון קנה המקבל מתנה יע"ש ואף הרב זרע אברהם שכתבנו למע' דפי' דברי הריב"ש דלא יפחות מל' אפוטרו' ולא ירבה יותר מאכילת פירות כבר עלתה הסכמתו דכל דמוכיח מל' השטר דלמתנה איכון דין מתנה יש לה ונסתייע מתשו' מהרש"ח יע"ש

ומעתה אנא לנ"ד דאיכא הוכחה המחייב' דלמתנה איכון שנותן בהאי לישנא דרשאיות ושלטניות מדהוצרך לבטא בשפתיו ולברר דעתו שאין להן להני נשי רשות לתת במתנה וזולת לפ' זפ' הראה לנו דעתו וכונתו נוהן וש דלמתנה גמורה נתכון להקנות להני נשי דאי לא עלתה על דעת הנותן בהאי לישנ' דרשאיות ושלטניות למתנ' גמור' היכי תיסק אדעתיה דמלו יהבי הני נשי במתנה לאחרים כאדם העושה בשלו ועוד למה שפרט הנותן היכי מלו יהבי דהא ממון דיש לו בעלים וכמו שמצינו להקת גדולי האחרונים ז"ל

הנה מהריט"ז בתשו' הנז"ל על לשון הלואה שהיה כתוב תכים אמו רשאה ושלט' כו' ובמתנה לא תוכל לתת כי אם לאחרת א"י כו' כתב הרב וז"ל ותו כו' דכיון דהיא לא זכתה בגוף הנכסים כילד תתן אותו לאחרים מה שאין לה זכות בהם יע"ש והגם דמהר"ש גאלנטי חלק על הרב מהריט"ז וכתב דלא זכתה בגופן של הנכסים היינו מטעמ' דמל' הרב מקום פטור בהבנת הלשון יע"ש

גם הכנה"ג באותה תשו' דסי' קפ"ה דרי"ט ע"ג כתב וז"ל כו' ונדון שלנו לשון המתנ' מוכחת דלמתנה גמורה איכון הכרי כו' מלבד מה שתתן לו אמו ואי לא עשאה אלא אפוטרו' מה יועיל במתנה כו' אלא ודאי למתנה גמורה איכון יע"ש והגם שהרב ז"ל דהם זה הוא מטעמ' דלא היה הכרח דשמ' אם לא תרצה לעמוד על מתנתה ותרצה לעמוד על כתובתה יע"ש , ומ"ש שם הרב מפה המורים בהגהה ויעויין להרב פ"מ שם סימן ל"ב אין ענין לנ"ד כמו שיראה המעיין

גם מאותה תשו' של מרן הנז"ל דע"ג ע"ד מתברר הכי כמובן יע"ש וא"כ מכח האי לישנא למדנו דלמתנה גמורה נתכוון הנותן ואם יאמר האומר הרי הוזכר בהאי לישנא כל ימי חייהן דקאמר יהיו הני נשי רשאיות ושלטניות לעשות כחפצן ורצונן ולהיותן ניזונות מנכסי כל ימי חייהן כו' עד ס"מ כו' ע"כ דכונת הנותן היה חדי מילי וכל ימי חייהן סובב בין לדבורא קמא דהיינו רשאיות ושלט' לעשות כחפצן ורצונן כל ימי חייהן ולהיותן ניזונות כל ימי חייהן וא"כ נמצא דליכא הקנאה בגופן של הנכסים זכמ"ש הריב"ש דהא לא מכרעה דע"כ לא אמרו הכי אלא דוקא היכא דליכא הוכחה המחיי' דלמתנה איכון הנותן אמנם היכא דיש מקום להוכיח ולהכריע דהאי לישנא למתנה איכון לא מגרעת הזכרת ימי חייה דכונת הנותן הוא לתת לה גופא ופירי כל ימי חיי המקבל והכי מתברר מאותה תשו' של ה' פ"מ מח"ב דאף דהוזכר בל' רשאה ושלט' כל ימי חייה אם היה הוכחה דלמתנה איכון שנותן יספיק ההוכחה לתת לו דין מתנה וסכי מתברר מדברי ה' עדות ביעקב הנז"ל

ודרך אגב ראיתי לה' כנה"ג שם בתשו' סי' קפ"ה דרי"ט ע"ד ובס' כנה"ג שם דכתב דטעם דהוצרך הריב"ש דסי' ת"ע דמאי דלא זכתה בנכסים הוא מטעם דהאי לישנא לא הוי לשון מתנה אע"ג דאי הוי לשון מתנה הא קי"ל דלא עשאה אלא אפוטרו' כו' היינו שלאחר מיתתה ישארו הנכסים ליורשי' אבל בחיים היותה תוכל למכור דאע"ג דאפו' אינו יכול למכור בכאן שאמר כל ימי חייה שכונה דכל ימי חייה תוכל למכור בנכסים כמו נכסי לך ואחריך לפ' עכ"ד ולעת כזאת דבריו שגבו מני דהא הריב"ש סיים דבריו דבנדון דידיה שאמר כל ימי חייה דהכונה דאחר מות המקבל חוזרים הנכסי' לנותן או ליורשיו ואינו יכול למכור דאינו אלא פירות לבד דלא"ד לנכסי לך ואחריך לפ' דהתם כוא מניח אחר כראשון לאים זר יע"ש וא"כ היכי אפ' למימר דמשום דהלשון גרוע הוצרך הריב"ש לומר דלא זכתה כו' ולומר דכונת הר' היא דהריב"ש בא לשלול אפ"ה לכח הסוברים ז"ל דל"ש היכא דכשיור הוי לזר ול"ש היכא דשייר לעצמו וליורשיו וכו' זה אינו במשמע כלל

באופן למצינו להקת גדולי כאחרונים ז"ל דסברי להו דבנ"ד האי גבר' למתנה איכון ושפיר מלו יהבי הני נשי במתנה כאשר ביטה בשפתיו הנותן ולא תגרע' האי לישנא דרשאה ושלט' כאשר כתבנו דהוי לשון משותף ומשמע הכי ומשמע הכי וכל דאיכא צד ואופן להכריע לאיזה חד מן שתי המשמעיות משמעי הלשונו' שפיר מיחבא לישנא

אמנם איכא למימר לכאורה דתברא בצדה דאדמסייע לך מהאי לישנא דאמר הנותן דאין להן להני נשי לתת במתנה וכו' דמתהייבא מהאי דלמתנה איכון כמדובר תסייעה לך דלאו למתנ' איכון הנותן מהאי לישנא שאמר דמעתה ומעכשיו מגלה דעתו דהכל כאשר לכל שימלא אחר העדרו יהיה

הני נשי לבטחון דמי כפקדון יע"כ וכמ"ש למע' ואין לדד ולומר דאין הוכחה מיהא מהאי ליפנא דלמתנה איכוון כאשר כתבנו אלא למאי דנע' בשפתיו הנותן בהדי' דהיינו מלבושים ומטלט' ברם למעות ומרגליות ועדי זהב וכיוצא דליכא הוכחה בדבריו הללו של נותן נאמר דעל זה קיון הנותן דמגלה דעתו שיהיו בידן של הני נשי לבטחון דמי כפקדון דהא לא מכרעה דאם האמת. הוא דהנותן לא זכה להני נשי במתנ' גמו' אלא למלבו' ומטלט' דוקא א"כ מאי האי דקאמר דכל אשר ימצא אחרי שעדרו כסף וש"ל וכל מידי דמתקרי נכסי ומעות כו' יהיו ביד הני נשי לבטחון ע"כ הרי בהאי ליפנא כלל כל מידי מחוט ועי"ש נעל דיהיה בידן לבטחון

ועוד בר מן דין הא קאמר ואם שיו יהיה שאהיה שפוי בדעתי ואחלק ממלבושי לעניים ות"ח אין להן רשות לתת במתנה וכו' כי אם ג' מאות ממעות וכו' וכן אמר לקמיה דאין להן רשות שכל אשר ימצא אחרי פטירתי לא מתבטלים ולא מהמעו' וולא ג' מאו' גרו' מהמעות ע"כ נמצא דמתהייבת מהאי ליפנא דגם במעות זיכה להן שנותן וכיה מעליא מדנתן להן רשות לתת במתנה על סך מה וא"כ הדרן למה שדקדקנו דהאי ליפנא שפירש שנותן דאחר שעדרו יהיה ביד הני נשי לבטחון סותר הקודם דאם הוא הקנאה לא שייך בטחון דהוי משמעו' ליפנא מתורת תפיסה הן גידולית להו להני נשי טוס וכיה ומעתה מאחר דאיתיה קמן תרי ליפני דלכאורה סתראי נינהו ליכא למסמך על ההוכחה דכתיבנא וא"פ באנו לספיקו של הריב"ש דשי' ת"ע אי האי ליפנא דרשאה ושלטאה אי דייני' ביה דין אפוטרו' או יש לה רשות מיהא לאכילת פירות כל ימי חיים וכיון דהוי ס' היורשים הם מוחזקים וכן פסק ה' תורת חסד סי' רל"ע דמאחר דהריב"ש בספיקא קאי עליה להביא ר' יע"ש ומ"ש מהר"ם גאלאנטי ז"ל הובאו דבריו שם במהריט"ץ דאוכלת הפירות אף בכי האי ליפנא דרשאה ושלט' התם שאני משום דהלואה כך היתה שתהא רשאה ושלט' שתאכל הפירות דמעתה ליכא לאסתפוקי משום ספיקא באפוטרופום •

ואיברא דבנ"ד ליכא לאיסתפוקי האי ספיק' של הריב"ש ז"ל דליהוי האי ליפנא דרשאיות ושלטניות שיהיו הנה הני נשי אפוטרופוסות על ירתיו דהיך יתכן שהני נשי יהיו אפוטרופוסות על יורשיו שבקושטא ויתנהגו ירתיו על פיהן דהני נשי וליסתמעו מילייהו דהני נשי ויעוי' בפסק מהר"ם אשכנזי אשר שם בס' אבקת רוכל הנז"ל ועוד בר מן דין בנ"ד איכא גילוי דעת הנותן דלאו לאפוטרו' דישתמעון מלייהו נתכוון הנותן דהא כתוב בשט' דאם ירתיו לא ישלחו הקצבה דמעתה יהיה הקדש כל הג' חלקי' הנוגעים לירתיו אך בזאת שהני נשי שישתמשו בכל הנכסים כל ימי חייהן וכמדובר ע"כ דמשמע דזו היה דעת הנותן במה שאמר שעיקרא דיהיו רשאיות ושלטניות דהיינו שישתמשו בהם בנכסיו דנמצא דהו"ל כאלו אמר בפירוש שיאכלו הפי' וכנדון ה' מהר"ם גאלאנטי ומה שהקשה שם מהריט"ץ ע"ד מהר"ם גאלאנטי מההיא דיאכל פ' פירות דקל דלא מהני וא"כ היכי מהני בדבור רשאה ושלט' לאכול פירות יע"ש ל"ק דתקשה ליה ליפנ' דהריב"ש דטי' ת"ע דמתברר בהדיא מדבריו הא אילו אמר לה בפירוש שתהא רשאה ושלט' שתאכל פירות דהשתא ליכא לספוקי באפוטרו' יע"ש וטעמא דלא דמי האי ליפנא לליפנא דיאכל פירות ופשוט הוא

המורם מזה דאף אם נפרש ונאמר דאין כאן הקנאה בגוף הנכסים ומהאי טעמא לא מלו יהבי במתנה לשום גברא אפי' לעניים ות"ח שבחברון שפירש הנותן וגילה דעתו שיש יכולת בידן דהני נשי לתת להם לעניים בלתי קצבה מ"מ משתי' פירות ושמוש הנכסים אית להו להני נשי לאשתמושי בהם בנכסים דבזה איכא גילוי דעת בהדיא אלא דהא נמי ליתא לכאורה מאחר דמכח משמעו' ליפנא דבטחון סותר ומנגד לאידך פרושא שכתבנו אף משמעות זה דאכילת פירות נסתר מחמתו דאי יש להן זכות מיהא לאכול פירא אין זה בטחון וכמ"ש למע' ובהיותי נבוך בפרט הלז דהני תרי ליפני מה אדון בה ראיתי לדברי אלו לפני מו"ה חנא דבי אליהו נר"ו וכה ענה אותי דאפשר לצדד ולפרש האי ליפנא דבטחון לסאי פרושא דבתרא שכתבנו דהוא הקנאת פירות והוא דכוונת הנותן הוא דאם באיזה זמן מן הזמנים לא ישלחו ירתיו שבקוש' הקצבה כנז"ל דמעתה ומעכשיו מגלה דעתו דמה שלוה ואמר דהני נשי יהיו רשאיות ושלטניות לענין אכילת פירות ולא הקנאה בגופן של הנכסים מגלה דעתו בהאי ליפנא דרשאה ושלט' מקנה להן להני נשי גופן של הנכסי' לבטחון דמי כפקדון לאיום ומזמן הזמנים שלא יקיימו ירתיו אשר בקושט' חיובם וקצבתם אח"ד נר"ו

ברם כשאני לעצמי לדידי משמע לי פרושא דהאי שטר' לדעתו וכונתו של נותן הוא לחשש שנותן חשש גדולה דמאחר דהוא בעצמו השליט הנותן להני נשי בנכסיו כאדם העושה בשלו או שליטה בגופן של הנכסים או שליטה בפירותיהם יהיה מה שיהיה לאחד משני הפרושים מ"מ ישלטו הן בעצמן הני נשי לשלוח לירתיו שבקושט' מהני נכסי ומאחר דגופן של הנכסים אחר העדרן הן שלהן וסלקי' בדעתייהו של הני נשי וקים להו בירתיו שהם בעצמן יקיימו חיובם לשלוח קצבתם מידי שנה בשנה חק בל יעבור ולא יהיה זה סיבה ומניעה שלא יקיימו חיוב' וקצבתם בשולחן הני נשי נכסי מוריהם לסיבה זו הטיל חיובא עליה דהני נשי ולסתור סברתן ודעתן דלאו כל כמינייהו לסלק בדעתן הכי מטעם דירתיו מחזקי' בחיובם לשלוח קצבתם מידי שנה בשנה ולא יאחר לשלמו אלא הכל כאשר לכל ישאר פע"הק חברון ודין גרמא דזה עילה וסיבה דהני נשי מובטחות בלתי כפקדון כדי שירתיו יחבי בהאי פחדא ולא יעלו טינה על לבם באיזה זמן מן הזמנים מניעת ועכוב בשלוח קצבתם והכי מסתבר' לכאורה דהנותן נה להט' על הני נשי חיובא כדנא ממ"ש עוד בשטרא דנא ואם תמנע היתה דירתאי לא ישלחו כו' או יהיה הקדש גם הג' חלקים הנוגעים לירתי כו' ומחוייבים תע'

חכמי

חכמי וגבאי קופ' העניים להשתדל בכל עז ותעצומו' שלא להניח להני נשי כו' לשלוח לקושט' לא מהכפיטי' ולא מהמעו' אפי' פ"ק כי אם דוקא הכל כאשר לכל יסיה פעה"ק חברון תחת יד ורשות הני נשי לבטל דמי הספקתם כו' ע"כ

והנה ודאי דהוצרך לחייב את חכמי קופת העניים שישתדלו בכל מאמצי כחם שלא להניח להני נשי לשלוח לקושט' וכו' האי חיוב' אינו סובב היכא דעברו יורשיו ולא שלחו קצבתם דהא מאחר דהסכמת חל תכף על כל הנכסים דהיינו הג' חלקים הנוגעים ליורשיו והמה העניים מקרו בעלי הממון א"כ מה הלשון אומרת שלא להניח להני נשי לשלוח לקוש' לא ישאר פעה"ק חברון לבטהון דמי הספקתם הלא בלתי זה מוכרח דיד עניים שולטת בהם בנכסים ושלהם הם וממילא הכל כאשר לכל ישאר פעה"ק ולא משום סיבת הבטחון דמשמעותו הוא משום דלית ליה לנותן המנה ביורשיו שלא יקיימו חיובם וקצבתם ׃

אלא ודאי דהאי חיובא דהטיל על גבאי העניים שישתדלו בכל מאמצי כחם וכו' היינו הגם דיורשיו המה בצדקתם מחזיקים בחיובם ומשלחים קצבתם מדי שנה בשנה עכ"ז חיובא רמיא על גבאי וחכמי קופת העניים שלא יעלימו עיניהם בפרט הלז להניח להני נשי רשאיות ושלטניות בעצמן לשלוח לקוש' מהני נכסי באומרן דקים להו ביורשיו שיקיימו חיובם וקצבתם חק כל יושבת אלא הכל ישאר פעה"ק כדי שעל ידי זה גרמה להו להני נשי שיהיו מובטחות בדמי הספקתן ואינו סובב האי בטחון להני נכסי שנתנו לכן הנותן ומעתה אם כנים הדברי' דהאמת אתנו האי פרושא שכתבנו או ליכא דבר המנגדת לאידך ליטנא שכתבנו דהנותן הקנה לכן להני נשי הקנאה גמורה בכל ימי חייהן כאדם העושה בשלו לתת להרינו אלא דהטיל תנאי מה על הני נשי וכו' ולעולם האמת הוא דבהאי ליטנא דרשאה ושלטאה הקנה לכן הנותן הקנאה גמורה מכח ההוכחה המחייבת להאי פירושא וכמו שהשרשנו למע' מתורתן של גדולי האחרונים ז"ל

אלא שעדיין יש להקור והוא דהני נשי מושבעות ועומדות בש"ח שכל עת וזמן שיעדר שהר"ש הנז' בעה"ק חיובא רמיא על שני נשי לשלוח כל המלבושים של מוהישם הנשארים מעזבונו בשלימות וכן חיובא רמיא על הני נשי דגם אם ימצאו מעות נעין בו בפרק בכלל נכסי עזבון מורישם לשלוח לקוש' הכל כאשר לכל ליד המורשים וכו' גם נתחייבה כל אחת ואחת מהני נשי דבהעדר אחת מהנה לשלוח לקוש' וכו' המלבושים והתכשיטי' מאותה אשר דנעדרה מהלם דהנשארת בחיים חיובא רמיא עליה לשלוח הכל כאשר לכל ליד המורשים וכו' והכל נעשה בש"ח וכו' ע"כ דנמצא דכל הנקרא עזבון הר"ש הן שנה הני נשי רמו עלייהו וכל אחד מהנה אסרה אסר על נפשה בשבועת אסר שידן מסולקות מעזבון הנז' ולשלוח הכל כאשר לכל ליד המורשים וכיון דכן נאמר להורה מאחר דתכף למיתת הר"ש חלה ירושת היורשים על כל עזבון הר"ש אביהן א"כ נמצא דמאחר

מקום השבועה לחול על הני נשי לקיום עליהן קרא כדכתיב לא יחל וכדמות ראיה לזה להוראה ממ"ש מהרש"ך ח"א סי' ו' רמוז ה' כנה"ג י"ד סי' רי"ו על ראובן דנשבע במיתת אביו לאלמנת אביו שלא יהנה מעזבון אביו ואחר כך חלקו אחר האחים כל א' ואחד חלקו ושוב מת אחד מן היורשים ועתה בא נטענה ראובן אחיו המת לטול חלקו המגיע לו בממון אחיו המת דלאו מכח אבא קאתינה אלא מכח נכסי עזבון אחי וכו' והשיב דמאחר שנשבע שלא ליהנות מעזבון אביו הגם דעתה כבר חלקו וכל אחד זכה בחלקו הבא לידו עכ"ז אסור לזה שנשבע מטעם דזה ביטה בשפתיו לשון עזבון אביו אסור לאחר מיתת אחיו יעו"ש הרי דפטרו ליה למהרש"ך מאחר דסגנון השבועה שנשבע ראובן היתה בלשון עזבון מורישו זה מורה דנתכוון לאסור עצמו כו' ואריה דשבוע' רביע עליה ׃

ממ"מ הרואה יראה דהא ל"מ לנ"ד מטעם דכיון דקודם חלוק' הירושה מעזבון הר"ש הקנה לכן להני נשי הר"ש הקנאה בגופן של הנכסים בעודו בחיים שנאותה שעה נכסיו היו והוא השליטן להני נשי בהם בנכסיו בקנין כשאר דרכי הקנאות או לפירי או אף לגופן מה מקום לשבועתן ושלא אין שבועתן אלא עזבון שחלה ירושת היורשין נהם אמנם היכא דלא חלה ירושת היורשים כי הכא דכבר הקנה לכן להני נשי הנותן במתנת ברי כאמו"ל דנמצא דקודם שחלה ירושת היורשים כבר קדמה וכייתן של הני נשי בנכסי הנותן ולא היתה שבוע' היורשים שלאו כל מלבושי הר"ש הנשארים מעזבונו אלא בדבר שחלה זכייתם של היורשים והם בעלי ממון לזה באו היורשים להשביען להני נשי ולזרון לקיים מצות השבה ליד הבעלים שהם היורשים אמנם אין דעתם של היורשים להשביען אפי' היכא בדבר שלא חלה זכייתם של היורשים אלא רשות אחרים עליהן דהא ליטנא דעזבון אינו במשמע כלל לפרט זה ולא דמי להא דמהרש"ך כלל כמו שיראה המעיין בתחלת ההשקפה

וא"כ נמצא דליכא לאחיובינהו להני נשי שום חיובא מכל השם הומר שבועתן דאין שבועתן של הני נשי בממון שלהן ולדידי הכי מסתברא דהשתא היכא דיורשי הר"ש תכף למיתת הר"ש אם היו יהיה עולים בדעתם להקנות להני נשי או דבר או מקצת דבר מאותם מלבושי הר"ש ודאי דהוה מהני המתנה דע"כ לא אמרו בנדרים דל"ד ע"ב נמי שאמר ככרי עליך דלא מצי יהיב במתנה אע"ג דלא סדירו מסנאתו וכמו שסבריהו הראשונים ז"ל ממתני' דאין לו מה יאכל היינו משום טעמא דיהבו שם דהמדיר למתנה נתכוון לאוסרו עליו דבזולת זה מי בעל דברים יגש אליו לקחת את שלו וכמ"ש הר"ן וה' הנמקי ז"ל שם אמנם בנ"ד דאין שבועתן של הני נשי אלא שישלחו ליורשי' עזבון מורישם שנשאר להם בארץ לא להם וטרח' להו להלוך בארצו' החיים ולהוציא מנה על מנה ולקחת את שלהם ולפום הכי השביעון היורשים להני נשי שיקיימו מצות שלוח א"כ כל כי האי במתנה ודאי מצו יהבו לכן להני נשי אף דכבר חלה השבו' מקודם חלות המתנה

המתנה כ"ש וק"ו היכא דהנותן גופיה בעודו בחיים הקנה להן לבני נשי בנכסיו קודם חלות זכייתם של ירתיו דודאי מהני

המורם מזה מה"ש דאין מגרעת שבועתן של בני נשי לאיונן שישלחו מלבושי חריש אלא שפיר מלו יהיו רשאיות ושלטניות ולעשות כחפצן כאשר לוה ברם מה שיש לגדל בשטרא דנא הוא דלו יפיה דהאי ליתנא דרשאה ושלטאה כוי לשון כמועיל והוי כאילו אמר הנותן אני מקנה להן לבני נשי הקנאה גמורה בנכסי בקנין לכל ימי חייהן וכו' מ"מ מאחר דבהקנאה שלו איכא מעות בעין וגם חובות שיש לו לנותן על הגוים וק"ס לא מהני ומאחר דליכא חלות ק"ס על פרט המעות והחובות איכא לגדד ולומ' דליכא חלות קנין אף לגבי דבר המועיל דהוא המטלט' וכיוצא וכמו שהיא פלוגתא במרדכי בפרק מי שמת דאם הקנה לחברו בק"ס קרקעו' ומטלט' ומעו' בנת אחת י"א דלא קנה אף הקרקעו' והמטלט' וכו' וי"א דהמעות לא קנה אבל המט' והקרק' קנה וי"א דקנה הכל יע"ש וא"כ מלו היורשים לבטל המתנה הלז מכל וכל לגמרי מכח קי"ל

ונפי תימא הרי הש"ס לנו מהרימ"ט ח"ב סי' ל"ח ז"ל ומה שטענו היורשים שהרי מטבעות לא נקנו דא"מ נקנה בחליפין ואולי ירצו לומר דאף המטלט' לא נקנו כמ"ש המרדכי כו' כבר כתבתי במ"א דלא אמרה הלא נמקנים בדמים דאיכא הקפדה כו' אבל במתנה דלא שייך האי טעמא ליכא מ"ד יע"ש ומה שהביא מהרימ"ט שם משם יש מ"ש לבטל המתנה לגמרי מדברי המרדכי כו' וכתב שם ה' דהאי סברה דהויה היא לאפקועי זכות המקבל מתנה דהא ביטל ר' שמחה ז"ל את דבריהם יע"ש דמתברר מפשטיות דברי ה' מהרימ"ט דדברי המרדכי נאמרו אף במתנה דהא על דינא דמתנה בא לדון הרב לדידי אין כאן דקדוק כלל דהרב מהרימ"ט לא ניחא ליה לחלוק על בר פלוגתיה דל"ש ליה דברי המרדכי בין מו"מ ובין מתנה בדבר דקים ליה בסברתיה דהרב מהרימ"ט ועוד דהא רמז לן הרב שם שגאו דבריהם בהרוחה כו' והוא שם בסי' נ"ן ושם העתיק והרחיב הרב ע"ו יע"ש ואיקפיה יסודו של ה' מהרימ"ט ז"ל כוא לחלק בין מו"מ ובין במתנה כו' מ"מהא לא מכרעה לנ"ד מדא דלא. אהני לן האי טעמא אלא לכשלא נבטל המתנה לגמרי אף לגבי דבר המועיל אמנם למאי דלא מועיל הקנין לא מהני ולא קנה אף לדברי מהרימ"ט ועוד בר מן דין הלא מהרש"ח בתשו' סי' י"ן איהו גיהו בר פלוגתיה של ה' מהרימ"ט שדן על נדון הנו' שנשאל ה' מהרימ"ט והשיב דמאחר דהזרע הנולד א"ך לא קנה גם הנולדים כבר בשעת הקנא' לא קנו ואיליה מדברי המרדכי יע"ש הרי דפשיט ליה למהרש"ח דהאי פלוגתא דרבוותא נאמר אף במתנה גם ה' להר"ר סי' מ"ט וקל"ג רמזו ה' כנה"ג הגה"י אות ה"י דן ס' על מתנה שהיו מטלט' ומעות דמאחר דלא קנה המ' המתנה המעו' גם המטלט' לא קנה מכח סברה קמייתא דהביא המרדכי יע"ש גם מהר"ס די בוטון סי' כ"ה פשיט ליה דדברי המרדכי אמורי' אף במתנה ולא קנה כלל וכם מהרש"ח ומהר"א די בוטון סי' מ"א גם מדברי הת"ל ה"ב סי' ט' ומדברי מהרח"ש סי' יו"ד וסי' ל' ול"ו כמו שרמזם הרב כנ"הג מתברר דפשיט להו דלא כסברת מהרימ"ט ז"ל אלא ל"ש מתנה ל"ש מקנה במעות לא קנה כלל לפום סברה קמייתא יע"ש

ואם כן מאחר דבריר' דלדעת אותם הגדולי' הסוברים דלא קנה כלל מטעם דאין קנין לחצאין דעתם הוא אף במתנה ודלא כסברת מהרימ"ט א"כ הני נשי במאי זכיין אי במעות שמצאו בעין במיתת הנותן הא א"מ נקנים בחליפין ואי בחובות הא נמי לא מהני ואי במטלטלין וכיוצ' הא נמי לא אהנו זכייתם מטעם דמלו היורשים לו' קי"ל כפי דעת הגדולים הסוברים דלא חל הקנין אף בדבר המועיל

ובכח הרי איכ' כת מגדולי האחרונים דסברי דלא מלי המוחזק לומר קי"ל באותה סברה קמייתא' לפי דדעת יחיד וכמ"ש הרב החבי"ב אות מ"ממ בשם מהר"י באסן ומהר"י הלוי ומהרח"ש הא נמי לא מכרעה לזכייתן של הני נשי וכמו שהביא שם הרב כנה"ג שחולקים ע"ז הרא"ד"ב והרב מ"ל והרב מהרש"ח ומהר"ס די בוטון ויעו' להרב כנה"ג מתשו' ח"מ ה"א סי' קס"ד דקנ"ו ע"ג דכתב ואיני רואה דרך בטוח שיקנה המ' מתנה כו' מכח סברה קמייתא

ואם יאמר האומר מאחר דכתוב ראשית מאמר הנותן הריני מחייב מעתה ומעכשיו כו' רביע מכל נכסי מטלט' ומעו' כו' להקדש עניים והג' רבעים כו' לירתי כו' אף בתנאי שיהיו הני נשי כו' ע"כ דנתכ' דבמאמר ובדבור אחד סיים דבריו הנותן דחייב הלז הוא בתנאי שהני נשי בן הנה יהיו וזוכות שתים כאחת בהני נכסי הכל כאשר לכל לכל ימי חייהן כו' נאמר דהאי חיוב' נמשך וכלל התנאי עמו כיון דהעדים קנו ממנו קנין אחד לשתיהן והכי מתברר לכאורה מדברי מהרימ"ט הני' דבריו הרב כנ"הג שם סי' ר"נ הג"הט אות ט"ן דאם הרשה לר' וכתב לו בהרשאה כו' אגב ד"א קרקע שאני מקנה לפ' ועוד נתן והקנים קנין אגב דהרשאה מהני נמי למתנה יע"ש הרי לכאורה דהגם דלא הוזכר במתנה לשון המועיל דהוא אגב להקנאת המעות דרשי' סמוכים הואיל בקנין אחד קנו העדים לשתיהן אף אנן נמי נימ' בנ"ד דלשון החיוב המועיל לכאורה להקנאת מעות הואיל והוזכר האי לישנ' דחיוב באחד מן הפרטים שבשטר ודרשינן סמוכים הואיל ובקנין אחד באו ועדיפ' בנ"ל דשוי סיום מאמרו שיהא דבר זה בתנאי

נראה דהא נמי לא מכרעא לכאורה דהנה אף אם נאמר דהאי לישנ' דחיוב מושך עצמו ואחר עמו מ"מ כבר נודע דאינו מוסכם אי מהני' לישנ' להקנאת מעות וכמ"ש הרב מ"ל ה"נ סי' יו"ד הרב כנ"הג שם בתשו' ח"ב מח"א סי' קס"ד כתב דמלו היורשים לומר קי"ל כמ"ד דאף בחיוב דמחייב אנפש' לא מהני' במעות יע"ש

והנה

והנה זה ימים ושנים עמדתי בפרט כזו ובאותו פרק באותו זמן מצאתי ראיתי למהרי"ו ן' מיגאש בתשו' סי' ל"ז וז"ל אמר רבינו ז"ל כל מי שכותב בשטר נתחייב פ' לפ' כך וכך בתור' חיוב השטר בטל לפי שנראה שהוא הקנא' ומטבע א"נ בחליפין אלא יאמר אמר לנו פ' אני חייב לפ' כ"וכ וקנינו ממנו ע"כ דהוא הודאה לאקנאה ע"כ ויע"ש סי' ק"ו וקנ"ג דביאר טעמו דסוג' דפ' הנושא הוא משום להיותו לשון הודאה כו' אבל אם היה לשון הקנאה אינו מועיל אלא אם היה בדרך שמועיל להקנאת מטבע כו' יע"ש ובאמת דכאינבי' דס"ל למהרי"ו בן מיגאש דאף בלשון חיוב שמתחייב אדם לא מהני למתנת מעו' נסתלקה אופן קושייתו של הטור ח"מ סי' רנ"ג סע' ב דהביא ס' הרי"ף ומהרי"ו ן' מיגאש דס"ל דמתני' אם תלד אשתי כו' לא מתוקמ' אלא בש"מ אבל לא בבריא דאפי' אם קנו מידו הא א"מ נקנה בחליפין והשיג הטור דא"נ לדבריו דהא לא שייך א"מ נקנה בחליפין שאינו מקנה לו מנה רק מתחייב עצמו ליתן לו מנה יע"ש וכפי זה שכתבנו מתורתו של מהרי"ו ן' מיגאש לא מצי מוקים מתני' אף בחיוב דהיא היא ויעו"ש להרב ב"ח אלא באופן אחר מתוקמה מתני' אף בבריא והוא בהגב אלא דס"ל למהרי"ו ן' מיגאש ז"ל דבאופני הקנאות של קניינים לא איירי מתני' ויעו"ש בחי' להרמ"א גם מתשו' מהרשד"ם סימן של"ב משמע דלא בריר' האי דינא שכתב וז"ל ועוד אני אומר דאע"ג דקנו מידו ידוע דא"מ נקנה ואע"פ שהיה אפ' לומר שבדרך חיוב אדם משתעבד ומתחייב כו' יע"ש ומזו שהביא לדבריו הרב מ"ל ומה שיש לעמוד בדברי הרב מט"ש ז"ל בסי' ס' הג"הט אות ל' כבר באו דברי שם במה שכתבתי באותו זמן

אמנם כבר פשטה הוראה והכי הוי סוגיין דעלמ' דכל השטרות העולים בכל בתי דייני עירינו יע"א המה מפורשים בחיוב ושעבוד להקנאת מטבע ושפיר מכשרו להו רבני עירינו יע"א ומפקי ממונ' בגופי ואדרבה משום דאלימ' מילת' טוב' לישנ' דחיוב ושעבוד רגילי ספרי דוקני למכתב בהאי לישנא נמצא דאם כניס הדברים דהאי לישנא דחיוב דנ"ד נמשך וכולל לשון התנאי עמו שוה שפיר לן הגם דהקנה לבן הנותן להני נשי מעות מדודין וכמ"ש הרב מהרימ"ט מאחר דהעדים קנו ממנו קנין אחד לשתיהן אלא דדברי מהרימ"ט הנז' שהביא ה' כנה"ג סי' ר"ג הרואה אותן בשורשן יר' דע"כ לא צריך קנין המועיל דהוזכר בפרט אחד למאי דסמי' ליה אינו אלא משום דהא מיהא הוזכר בפרט האחר ליסב' דוקנו ממני כראוי וכמו שסיים שם דמילת כראוי כונתו כמו שפי' בתחלת המתנה יע"ש דמשמע מדבריו הללו דאין הטעם והסיבה דמצרפין קנין המועיל למאי דסמיך אלא דהא מיהא הוזכר נמי בפרט האחר וקנו ממני כראוי אם כן היכא דלא הוזכיר תיבת כראוי או כיוצא בנ"ד נאמר דאין דנין זה מזה ואע"ג דבנ"ד נמי הוזכר כתח"ל לאו על פרט ההקנאה קאמר אלא על התנאי דנעש' כדינו כתנאי בני גו"ר ופרושי קא מפרש ואין להביא ראיה מאותה תשו' של הרב כנה"ג דקכ"ו ע"ב שכתב

אבל בנ"ד שלהקנות לבנו פ' כתב בלשון חיוב ולמתנת יורשי בנו לא הוזכר לשון חיוב לא מהני יע"ש הרי לכאורה דגם דהקנין א' בזו שתיהם לא מהני לאידך שלא הוזכר אלא אחרי' היכ' דהוזכר הוזכר דהא ל"מ דהתם שאני שמתנת יורשי בנו קדמה לבנו פ'

אמנם אף אם נאמר דפרט זה דחיוב מושך וכולל נמי תנאי דהני נשי וכו"ל כאלו הוזכר לישנא דחיוב בהדי' דתנאי דהני נשי מ"מ מאחר דהני נשי אריה דשבועה רביע עלייהו לשלות עזבון המר"ש הכל כאשר לכל מה שיצוב כמר"ש וכבר כתבתי דדעת מהרי"ו ן' מיגאש פשיט ליה דל"מ האי לישנא דחיוב להקנאת המעות משום דא"מ נק' בחליפין ועדיין ברשות מ"ק קיימי הני זוזי א"כ לו יהיה דהויא סברת יחידית מ"מ לענין שבועה אין חילוק בין יחיד לרבים וכמ"ש הרב פ"מ ח"א סימן קט"ו דהגם דסברת מהר"ם דס"ל דמת אחד מן השות' דעדיין השותפות קיימת היא סברה יחידית מ"מ מאחר דס' שבועה להחמיר אף דהוי יחיד חיישינן יע"ש וכ"כ הרב כנה"ג בתשו' ח"ב סי' ק"ב וז"ל ואף דלא קאי בסברה זו אלא מהר"ם לבד לגבי שבוע' אין לומר דאין לחוש לסברת יחיד דכיון דהס' הוא אם האמת כסברה זו מ"ל אחד ומ"ל שנים לגבי שבועה יע"ש דרמז תשו' הר' פ"מ גם מהרי"ט אלגאזי בס' שמח' יו"ט סי' כ"ג הביא דברי ס' פ"מ וסיים דאף דאין כו' ונמצ' דסברת מהרשד"ם יחידא' מ"מ ראוי להחמי' מפני חומר השבועה יע"ש

ומעתה בנ"ד נמי מה יושיענו מה שצדדנו אם נכלל התנאי בהדי חיובא קמא סו"ס הא איכ' סברת מהרי"ו ן' מיגאש דקי"ל דלא מהני להקנאת מטבע אף בלשון חיוב ועדי' בנ"ד דלא מצי' בהדי' לרוב' דרבוות' דאית להו הפך ס' מהרי"ו ן' מיגאש כמו שמצינו התם במת אחד מן השותפים דאית להו דנתבטלה השותפות ודלא כמהר"ם ואדרבה מצינו להרב כנה"ג דכתב דמצי המוחזק לומר קי"ל דאף בחיוב ל"מ ואיבר' דהרב בני אברהם ח"מ סי' ע"ו חלק על הרב פ"מ וכתב דהגם שהיו פוסקים ז"ל אחרים עם סברת מהר"ם אזלי' לקולי' אף במקום שבועה מאחר דאית לן רובה ולא יהא חמור מאיסו' חלב דאחרי רבים להטות ע"כ גם הרב כהונת עולם סי' י"א כתב כיון דכלהו רבוות' ס"ל דבטלה השות' פשיט' דאין לחוש לס' מהר"ם אף במקום שבועה דלא כהרב פ"מ ע"כ והיה אפשר לצדד דאין ראיה מתשו' הלזו של הרב כהונת עולם דקאי לגמרי בשיט' הרב בני אברהם דתלה טעמו דלא יהא חמור כו' דאפשר דמשום דהתוספתא תני כסברת הרמב"ם ז"ל ודעימיה והרי משמעות ריהט' דלישניה שם בסי' י"א ובסי' ל"ב והרב פאת נגב ח"מ סימן ל"ד כתב מאחר דמהר"ם ור' יעבץ ז"ל הם מועטא דמעוטא אפי' במקום שבועה אין לחוש דבתר רובה אזלינן יע"ש , וא"כ כיון דהאי דינא אי חיישי' לחומר בס' שבועה אפי' בסברה יחידאה במחלוקת הוא שנוי איכ' למימר דבנ"ד אין לחוש מאחר דסוג' דעלמא נמי אזלא דלא כמהרי"ו ן' מיגאש ומעתה שפיר זוכות הני נשי לאשתמושי בכל עזבון המר"ש וליכא

וליכא אנפה לאמטורי עלייהו דבני נשי מכל שנועתן

ואין לצדד ולסייע בנ"ל ממה שכתוב בסטר דקיבל סברת הפוסק ואפי' שתהיה סברה יחידית נגד כל הפוסקים כו' דנפק' מינה לדעת הנותן היה להזיק במעות כתן של הני נשי נגד הפוסקים הבאים לגרוע מתנת הני נשי והשתא לא צרכי' ליישב ולתרץ כל פרט ופרט שיהא מוסכם מכל פוסקי הלכות מטעם דהיורשים מוחזקים והכי מתברר מאותם תשו' של הרב המבי"ט בשו"ת קס"ה וז"ל באופן דמתנה זו שרירא וקיימ' כו' כל שכן דהנותן פירש דבריו בכלי' ואמר שרצונו הוא שתהיה מתנה זו על דעת הפוסק המקיימה ע"כ הרי למדנו הרב המבי"ט דסמיה בידיה ואמץ כחו של נותן שיהנו מעשיו ולהעמיד מתנתו ע"פ סברה זרה דכל הפוסקים חלוקים ותורה אתרה אחרי רבים והיורשים מוחזקים בממונם עכ"ז אין כח ביד יורשי הנותן לבטל מתנתו של מורישו והכי משמעו' ליהניה של הרב ב"ד סימן קכ"ג שכתב ומעתה מ"ש בגוחה זאת שהכא נידונת כדעת מהריב"ל כו' לא היה צריך שתהא נידונת כמהריב"ל שהרי אין בזה שום מחלוקת כו' אבל כשיש קנין ליכא מאן דפליג ע"כ ואילו היה דעת הרב ב"ד דלא מהני האי קבלה של סברת הפוס' לדינא א"כ בפשיטות איבעי ליה להרב לדחויי בב' ידים ואם נאמר דאה"ן אלא דהרב ב"ד עדיפא מינה קאמר אין זו דרך ישרה

ועוד דשם סימן קכ"ע כתב בלשון שלילה וז"ל אין לפקפק ולומר דלא עשה להר' פ' אלא אפטרופוס כו' וזע"ג דיש חולקי' וסוברים דאף בלשון ירושה הוי אפוטרופוס אין קפידה בנ"ד הלא דהרי כתב דקבל סברת הפוס' אפילו יחיד נגד רבים כל שכן כאן שרבים מקיימים אותה כל שכן אם הר' פ' מוחזק ע"כ הרי משמעות דבריו דלדעתו של הרב ב"ד דהגם דלא היה מוחזק היה מוכח לאותו פ' מכח שכבר קבל סברת הפוסק ז"ל ואמץ כחו של נותן להעמיד מתנתו ולא יחול ירושת היורשים

ואיברא דמתורתו של הרב ב"ד דסי' קכ"ט יש ללמוד דלא מבעי' היכ' דהמתנה הויא מתנת בריא דמעכשיו הלה זכות המקבל דמהני' קבלת סברת הפוסק דלפום סברת אותו פוסק אין מקום לחול ירושת היורשים דהא קדמה זכיית המקבל מתנה אלא אפילו דהמתנה הויא מתנת ש"מ דלכבר קדמה ירושת היורש לזכייתו של מקבל מתנה דירושת היורש עם גמר מיתה הוא ומש"ה להדר גמר מיתה עכ"ז פשיט ליה להרב ב"ד דאהני' לן קבלת סברת הפוס' להעמיד ולקיים מתנת הנותן ונתשובת הר' המבי"ט הנ"ל אין ראיה דמתני' אף למש"מ דהרב ז"ל לא קאי אלא למתנת בריא ושמ' למש"מ לא מהני וכן ראיתי להרב מהר"י נבון סוגיאו לדבריו בס' אדמת קדש א"ה סימן ט' דא"ן ע"ג וז"ל דע"כ לא אמרינן דקבלת סברת הפוסק מהני אלא כשהממון שלו לכל הצדדים דכיון דהממון שלו יכול הוא לומר דתהא מתנתו

קיימת לדעת אותו פוסק אבל כו' היכ' דהממון הוא של יורשיו כו' דלא מהני קבלתו יעי"ש גם הרב אד"ק שם דס"א ע"ל הביא חילוק הלז ולא חלק עליו אלא מטעמ' אחרינ' משום דהוה לצדקה ונחיי הנותן נשתעבד יעי"ש ויעו' להרב מט"ש סימן מ"כ הגנ"י אות י"ג דהבי' לדברי הרב קמ"ר בסתם

המורם מזה דבמתנת ברי' כנ"ד לכ"ע מהני קבלת סברת הפוסק וכפי זה איןכח ביד היורשים לבטל זכותן של הני נשי גם זה לא מהני לנ"ד דהא ליסנ' דשטר' הכי הוי אלא הכל יהא נידון לזכות ההקדש ואפילו שתהיה סברה יחידית נגד כל הפוסקים כו' ע"כ דמשמעות הלשון הוא דאין קבלתו אלא לפרט ההקדש ולא להעדיף כחן של הני נשי

ומעתה אבא נבא לפרט החובות והנה אי הוה אמרינן דליסנ' דחיוב אשר הוזכר ברא' מאמרו של נותן היה היה כולל נמי את כתנאי של הני נשי כמו שכדדנו למע' הוה מהני האי ליסנ' דחיוב לחובות וכמ"ש הר' מהרש"א נת' סימן ל"ד דע"וע"כ דחיוב מהני לחובות וכן הספים הרב בני אהרן סימן ע"ז דפ"ת ע"ב וע"ג שכתב וללאת ידי ספק צריך שיקנה גוונ' הללו בדרך חיוב וכמ"ש הרב בני שמואל יעי"ש וגם דמתשו' הרב כנ"הג ז"ל דסימן קס"ד וקס"ה מתברר בהדי' דל"מ חיוב לחובות הא לא מכרעה לנ"ל להרב כנ"הג הז"ל לטעמים דלא מהני חיוב למטבע דהוי מחלוקת וכמ"ש גם דקל"ו ע"א וקל"ט ע"ג יעי"ש וכיון דס"ל להרב כנ"הג ז"ל דבחיוב למעות במחלוקה הוא שנוי ולא מהני מטעם דמלי המוחזק לומר קי"ל כמ"ד דליסנ' דחיוב לאו שעבוד גופו הוא אלא ליסנ' דהקנאה הוא מינה חיוב חובות ל"מ

אבל לפום מאי דכתיבנ' דלדידן כבר פסטא הוראה וסוגיין דעלמא הכי אזל' דלא כסברת מהר"י ן' מיגאש ז"ל דקים ליה דליסנ' דחיוב הקנאה היא וא"מ נקנה בחליפין אלא אנן בדידן קים לן דליסנ' דחיוב לאו הקנאה היא אלא שעבוד גופו הוא דנשתעבד עצמו ונכסיו עד ס"מ וכפי זה גם לפרט החובות ספיק מהני לדידן וליכא למימר דע"כ לא מלינו דנהיגי אלא לענין מטבע משום דאלים בשאר קניינים כגון אגב לא כן בחובות דלא מהני אגב לכת הפוסקים וי"ל דהא ליתא דלא אתינן מתורת הקנאה אלא מתורת שעבוד גופו ונכסיו וזה נראה לפום ריהטא וצריך אני לתודעי

והנה בהאי דינא בחיוב למעות עלה ע"ל לאורה להוכיח מעובדא דאסור גיורא דלא אשכח אנפא אם לא באודיתא ואם איתה דחיוב מהני להקנאת המעות אמאי לא נתחייב איסור לבריה על סקתריסר אלפי ומוילא הוה בריה רב מרי נוטלם דאע"ג דאמרו שם דלא הוה מצי איסור לאקנויי המעות מטעם דא"מ נקנה בחליפין בייגו בתורת

בתורת הקנאה מ"מ בתורת חיוב משנייא ועדיפא מאודיתא דהוי בתורת ערמה אלא משמע לכאורה כסברת מהר"י ן' מיגאש ז"ל דחיוב למעות הקנאה היא ולא מהני הא לא מכרעה מתרי טעמי חדא דהתלמוד מתורת שקנאה אתי עלה וכל אופני התלמוד לא הוי אלא אופני קנין אמנם בחיוב למעות לא הוי אלא שעבוד גופו של מתחייב ועוד נראה דאעיקרא דדינא לא הוה מהני ליה לר"מ כאי אנפא דחיוב דהא בשעת מיתת איסור הרי הן הפקר מאחר דמהייס דאיסו' לא חל שעבוד רב מרי על הני זוזי שגיל רבא וכיון דכן רבא הוא הוה זוכה תכף במיתת אסור ׃

ואיברא דהרשב"א בחי' לקמא דמ"ט בהביא דמשכונו של גר כתב דלאו דוקא דה"ה אם אין לו משכון אלא שיש לו מלוה על גר זה גובה מנכסיו כנגד חובו ואע"ג דכשמת הגר נעשו נכסיו של גר הפקר אין שעבודו של זה נפקע וכו' ואינו דומה למטלט' דיתמי וכו' ע"כ והביא דבריו שם הר"ב בא"ו וכ"כ הר"ב העטור ד"ע ע"א בדיני מלוים עה"מ וז"ל ואם ישר' יש לו מלוה בש' או בעדים על הגר וכו' הרי הוא כמשכון של גר ביד ישר' ואם בא אחר והחזיק בנכסי הגר אינו יכול להחזיק כשיעור החוב וכו' ע"כ והביא דבריו הללו ה"ה ז"ל פ"ב מזכיה דין ט"ו וע' למרן בסי' ער"ה דהביא משם הר"ב בתרומו' דכתב דגר שחייב לאחרים ומת הגר ובא אחר והחזיק בנכסיו דפשוט הוא שכל מלוה שנגבית מן היורשים או ממשועבדין נגבית כמו כן ממה שהחזיק בהם ע"כ וכ"פ מרן שם וא"כ מאחר דבררנו דבמיתת הגר לא פקע שעבודו של ב"ח והמחזיק בנכסיו של גר איהו ניהו דמוטל עליו לשלומי מה שהיה חייב הגר וא"כ אמאי לא נתחייב איסור לר"מ בשטר או בעדים ושפיר הוה מהנייא ליה דלא הוה פקע שעבודו של ר"מ במיתת איסור אביו אלא משמע לכאור' דלא הוה מהנייא מטעם דסו"ס מטעם היא וכסברת מהר"י ן' מיגאש ז"ל אם לא שנאמר דהתלמודא אנפי הקנאה קא נקיט ׃

וראיתי להרשב"א בתשו' ח"ב סי' רנ"ב רמזה ה' כנה"ג שם הגב"י ובמיוחסו' סי' ס"ע כמו שרמזה מרן שם וז"ל מטלט' דגר שלא כתב לו אגב הוי כמטלט' דיתמי ולא משתעבדי לב"ח וכל הקודם בהם זכה ודייקנא לה מעובדא דאיסור גיורא כו' ואם איתא יכתוב לו חוב על כל נכסיו כשיעור כל אותן תריסר אלפי זוזי דביד רבא אלא מ"ש דאי עבד לא מהני דהו"ל כמטלט' דיתמי כו' אלא דקשיא לי הא תניא בתוספתא כו' וע"כ אני אומר דמטלט' דגר כל שהיו ביד אחרים עם גמר מיתה קנו אותן שהיו בידם דזה כירש למיתה וזה זוכה וכו' היינו הכיא דאיסור אבל היכא דבשעת גמר מיתה לא היתה אלא ברשו' שגר חל עליה כשעבוד ב"ח בגמר מיתה ע"כ הנה נתברר מתשו' הרשב"א שלזו דלא ניחא ליה למימר דהתלמודא אופני הקנאות קא נקיט וכמש"ל מהאי טעמא הכריח דלא הוה מהני אם יכתוב לו חוב ומה שכתבנו ומש' דב"ח גובה מהמחזיק בנכסי הגר הראבוגים ז"ל קיימי בגונו אחר מיתת הגר

ולפי דברי רבינו יונה ז"ל דס"ל דאם החזיק בנכסי הגר הוה במטל' ב"ח אינו יכול לגבות מהם לא מדינא דגמ' ולא מתקנת הגאונים ז"ל והכי משמעו' ריהטא דלישנים דהרא"ש פ' חזקת דנ"ל דמשמע דטעמא בהביא דמשכונו של גר היינו משום דמשכון שאני וכמ"ש ה' מה"א ה' זכיה מהפקר סי' ה' יע"ש הא נשאר חובות זוכה המחזיק לגמרי ולא יהיב מידי לב"ח א"כ נמצא דלשיטת ר' יונה והרא"ש אף דשכונו היה אחר מיתת הגר לא חל שעבוד כלל

ודא דעדין איכ' למידק לפי שי' הרשב"א דהש"ס לאו באופני הקנאה קאי וכמ"ש א"כ אמאי לא שעבד בפי' כל נכסיו או אופן אפותקי דבכה"ג אף ביתמי מדינ' דגמ' בע"ח גובה מהם וכמ"ש הרשב"א ה"ד הר"נ פ' חזק' דמ"ד בהביא דאמר רבא עשה שורו אפותיקי כו' וז"ל מיהו מן היורשים הוא גובה ואע"ג דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח ה"ט משום דלא סמכ' עלייהו ט' אבל היכא דקנלס באפותיקי עלייהו סמיך כו' דהא אפי' מן הלקוחות היה גובה אם לא משום דחששו לתקנת הלקוחות ולא עוד אלא אפי' פי' לו מטלט' ומקרקעי מסתבר' לי דגובה מן היורשים מן הדין ע"כ והן הן דבריו בתשו' ח"א סי' תתקי"ד ורמזה מרן סי' ק"ז סי"ג ודעת הרמב"ם ז"ל פי"א ממלוה מתברר דבכה"ג דשעבדם בפי' בלתי אגב גובה ב"ח מיתמי מדינ' דגמ' וכמ"ש ה"ה שם וע' במרן סימן קי"ז דהבי' דברי הנמק"י בשם הרשב"א וכ"כ הרב המאירי ז"ל משם הגאונים דעשה שורו אפותיקי ומת דב"ח גובה מהם יע"ש והיינו ודאי לדינ' דגמ' דאי משום תקנת הגאונים אפי' בלתי אפותיקי וע' להרדב"ז חדשות ח"א סימן קי"ב וי"ל עליו דאמאי לא נסתייע ממרי' דאתריה אמנם הרא"ה ז"ל ה"ד הר"נ שם בפ' חזק' דאפי' באפותיקי לא גבי מן היורשים לדינ' דגמ' יע"ש והכי מתברר מדברי התוס' דקמ' די"א ע"ב ד"ה כגון כו' דס"ל כסברת הרא"ה דמטלטלי אף באפותיקי לא גבי ב"ח מיתמי ונעבדו דעשה אפותיקי גובה ב"ח מיתמי מטעם דלא מצינו דעדיף כחן של יתומים מלקוחות ודלא כקו' ר"י פ' ג"פ דקע"א ע"ב יע"ש ויעו' להרב בא"ו שם בקמא די"ת מ"ש משם מהרכ"ץ ז"ל

ומעתה בשלמ' לדעת הרא"ה ז"ל וסייעתו דמטלטלי דיתמי גם באפותיקי לא משתעבדי לב"ח ניח' דלא משכח תלמוד' אופן כלל אבל לדעת הרשב"א דהוכיח מהביא דאיסו' דמטלטלי דגר דאיתנהו בגמ' מיתה ברשות אחרים דאין ב"ח גובה מהם דאי לא אמאי לא מלא אופן הש"ס דיכתוב לו חיוב כו' א"כ לפי שיטתו של הרשב"א דבאפותיקי משתעבדי לב"ח אפי' מטלטלי' דיתמי לדינא דגמ' א"כ אמאי לא אשכח אנפא איסור שיתחייב לרב מרי בריה וישתעבד כל נכסיו בפי' או שיעשה לו אותם תריסר אלפי זוזי אפותיקי דבכה"ג ביתמי גופייהו מצי ב"ח לגבות ומדינא אף מלקוחות מטעם דקדים שעבודו של ב"ח ובשלמא אי אמרן דהש"ס אופני הקנאה קא נקיט ניחא אבל הרשב"א ז"ל

וי"ל דלא ניחא ליה בהכי קשיין לדברי הרשב"א תניה וביה

ואחר החיפוש ראיתי להגאון נודע ביהודה ח"מ סי׳ כ"ה שכתב על מחלוק׳ מהר"ש הלוי עם הסמ"ע כו׳ וכתב הרב דיש ראיה לדעת מהר"ש הלוי מעובד׳ דאיסור דאמאי לא נתחייב לר"מ ליתן לו על שיעור וכו׳ ולהשתעבודי בפי׳ וכמ"ש הרמב"ן והרשב"א וי"ל אלא משמע דלא מהני החיוב כה"ג יע"ש ולשיטתו וי"ל דשם"ס לאו באופני הקנאה דוקא קאי ולדברי הרשב"א וי"ל א"כ הוו עלי עדים שאני מתחייב וכו׳ בלתי אמירת ליתן דבזה אף מהר"ש הלוי מודה וש"ור שם סי׳ כ"ו דהשיג עליו ה׳ יחזקאל שם על מחנו בזה וע׳ מחנה יהודה סי׳ דעמד בזה דאמאי לא נתחייב איסור וכו׳ יע"ש ולא עלה בזכרונם תשו׳ הרשב"א וי"ל דאיהו ניהו דקדמ׳ לפרבנים באופן הקושיא

ואף שיהיה למאי דאתן להוכיח מעובדא דאיסור מדלא נתחייב לרב מרי בריה מנה דלא מהני וכסבר׳ מהר"ין׳ מיגאש אין כאן הכרח כלל

והנה הוה אפ׳ לומ׳ דאף אם נאמר דמלתא כדנא דמתנה בנ"ד במחלוק׳ היא שנויה לאיזה אחד מן הפרטים עכ"ז ליכא למימר מאחר דאורייה דשבועתא רביע עליה לשלוח להו ליורשים מלבושים ומטלטלי׳ הקר"ש הנז׳ אם נאמר דזכייתן של הני נשי היא מסופקת לדינא א"כ לאותו הכל דלא זכו דלא אהניא נתינת הקר"ש א"כ תכף למיתת הקר"ש חל פירושה על היורשים והני נשי הן הנה מחייבי לקיים מצות השבה ול"מ למימר הני נשי קי"ל כמאן דמקיים ומאחר מתנה דנא דיא"ל דע"כ לא פליגי רבנן בתראי ז"ל עליה דמהריב"ל ז"ל וכתבו דכל מלתא דאיכא הומר השבועה אודא ליה לנתבע טענ׳ קי"ל אלא דוקא דבעת ובעונה של השבועה כבר אתיליד ספקא דדינא או איכ׳ למימר דהשבועה היתה לאוסופי על החיוב ולזה כוונו עצמה שניסה גם יחד המשביע והנשבע דאם לא יתקיים הענין מכח הקנין הרי השבועה בקיומו של דבר ומינה לא חווע ברס היכא דבעת השבועה לא אתיליד שום ספק׳ דדינא כלל אלא דבהמשך הזמן נולד שום ספק בדין כנ"ד דבשעת שבועתן של הני נשי לשלוח לקוס׳טא לא הוה שום ספקא כדי שנאמר לאוסופי על החיוב באו לעולם איממא לך דמודו רבנן בתראי על סבר׳ מהריב"ל דמאי מזחוק לומ׳ קי"ל

ואיברא דאחר החיפוש ראיתי לה׳ משאת משה ח"א ח"מ סי׳ ל׳ דהשיב על אשה שמחלה למהלית השובון דאיכא פלוגת׳ דרבוותא כתב דאי איכא שבועה לא מצי לומר קי"ל דאריה דשבועה רביע עליה ע"כ הרי מפורש יוצא היפך מה שלדדנו ויעויין להרב ת"ח סס"י ע"ב מה שהשיב על מהר"ש הלוי עדות ביעקב דס"ט ע"ד

ברם מצאתי תנא דמסייע לי הרב פמ"א ח"א סימן קכ"א שכתב הרב ע"ו דהבעל פטור מטעם קי"ל ולא מגרעא כחו של בעל מפני השבועה דמציקרא לא חלקו עליה דמהריב"ל גבי מתחייב גכמו בדבר שאינו קצוב אלא משום דבאותה שעה חל

הש׳ עלמו אם חייב או לא אבל בנ"ד דמעיקרא היה החיוב ברור ולא היה ש׳ באותה שעה וא"כ מחמ׳ שמחילה דאתייליד אחר זמן נולד הש׳ אי מהניית מחילה או לא כו׳ בכה"ג לכ"ע פטור ומצי המוחזק לומר קי"ל יע"ש נמצא דחלוק זה שכתבנו לכאורה הוא שנוי במחלו׳

ועוד היה אפ׳ לחלק ולומר דע"כ לא פליגי הנך רבוות׳ בתראי עליה דמהריב"ל אלא דוקא היכא דהשבועה והקנין שם בדבר א׳ ובענין א׳ אבל היכ׳ דהם בדברים ועניני נפרדי׳ כגון נ"ל דשבועתן של הני נשי היתה בענין נפרד דהיינו לשלוח לקוסטא וכוחן וירושתן של יורשי הקר"ש ולא שייך לענין המתנה דהש׳ נולד בענין נפרד ולא על דבר שאנו דנין בו שהוא המתנה וכמו שכן ראיתי להכנ"הג בתשו׳ ח"ב סימן פ"ו מח"מ שכתב על נ"ל דע"כ לא קאמרי הני רבוות׳ דחייב להשלים מכח שבועתו אלא כשהשבועה בעלם הדבר שנתחייב כו׳ אבל היכ׳ דהשבועה לא היתה לקיים עלם הדבר שאנו דנין בו מאחר דפטור מכח קי"ל גם השבו׳ אזלת ליה ות"ל רמזו הסמ"ע סימן ס׳ הגג"י אות מ"ג

ומהורענא דשטר מתנה הלז נעשה ונגמר לפני גדול דורינו הרב המופל׳ מהר"י הזן נר"ו בהיותו רב מובהק בע"הק חברון ויען דהדברים מגיעים לאחד מהמורים נר"ו ס"ה הח"הם הד"הת עכ"ור כמה"ר יצחק הלוי נר"ו דהוא בעל היורשת ונמנס על מתנה הלז לבטלה והוו שומעת דהגיעו הדברים לפני הרב מהר"י הזן נר"ו על פקפוקו של מהר"י הלוי נר"ו ובא הר׳ מהר"י הזן נר"ו והניף ידו וכתב פסקו לקיים דבריו דהמתנ׳ היא מאושרת ומקויימת ושלח פסקו לפני הר׳ מהר"י אלאטיף נר"ו שיסכים עמו ולבטל טעמו של מהר"י הלוי נר"ו וכבר ראיתיו ראיה אחת פסקו של מהר"י הזן נר"ו ולא השיגה ידי לאחוז אחיזה מעליא לבא בדבר הלכה להתכנס מגועם אחריו כנלע"ד כתבתי

הצעיר **אליעזר די טולידו**

סימן קו

שאלה ראובן שלקח סחורה מגוי אחד סוחר מסך מה ולפורעם בזמנים מוגבלים והיה ר׳ פורע והולך ליד ש׳ הסרסור של פתח הסוחר והסרסור היה נותן ליד הסוחר כל הריקאב׳דו כנהוג ועתה נפל הפרש בין ר׳ ובין הסוחר דר׳ טוען פרעון הלז כבר מסרתיו ביד הסרסו׳ שלך כאשר היתה באמנה והסרסור מודה ובא כי אמת יהגה חכו של ר׳ שמסר לו הכסף הנז׳ בידו אלא דגם הוא כבר מסרם ביד הסוחר האמנם שכחם ולא העבירם הסוחר בפנקס כנהוג והסוחר טוען ברית שלא נטל מיד הסרסור פרעון הלז׳ ורוצה לפרוע מר׳ או שישבע הסרסור שמסרם בידו ויפטר ר׳ אי מהני׳ ליה לסרסור ע"פ טענת הסוחר גוי או לא ושכת"ה

תשובה

תשובה ענין כיוצא בזה בישראל עם ישר' כבר מפורש יוצא בגמרא ובפוסקי' ז"ל בסוג' דכן הן עליו הן הן שלוחיו דמצרפינן טענותיהן של המלוה והלוה ומשבעינן ליה לשליח אע"ג דלא טעין שלוה בריא ואין נשבעין ע"ט שמא כמפורש כאי פסקא בח"מ סי' קכ"ה אלא אתי דאיכא לצדד אי נאמר שאי דינא דצירוף אף לגבי גוי כנדון דידן או לא והנה ראיתי להרשב"א בתשובה הביאה מרן ח"מ סס"י קפ"ה מהו' ד' וז"ל ראובן מסר ביד שמ' הסרסור משכון משכן אותו כו' לזמן בא ראובן ותבע משמ' המשכון ושמ' טוען שמשכנו ביד גוי והגוי מכרו שלא ברשו' תשו' הדין עם הסרסור וכו' וגר' דאפי' שבועה אין להשביעו כיון דאין הגוי מכחישו דאילו היה הגוי מכחישו היה צריך שבועה כדין חנוני על פנקסו אבל כאן שאין מי שיכחישנו אינו חייב שבועה אבל אם רצה ראובן להחרים ח"ם הרשות בידו עכ"ל הרי מפורש האי דינא דנ"ל דמצרפינן אף דאיכא טענ' גוי באמצע ודיינינן דינא דחנוני על פנקסו וליכא לפלוגי בין גוונא דישראל עם ישראל לגוונא דישראל עם גוי

וכי תימא דאיכא למדחי דלמא הרשב"א ס"ל דטענת גוי חשיבא טענת בריא ומשבעינן אפומיה ואילו הוה דקא תבע גוי לישראל מנה לי בידך וקא כפר ישראל הוה משבעינן ליה דחשיבא טענת בריא ולא אמרינן אשר פיהם דבר שוא והאי דאצטריך הרשב"א ז"ל טעמ' דצירוף ומדין חנוני ע"פ היינו משום דראובן בעל המשכון לא ברירא ליה אי כאמת אתו של הסרסור דמשכנו ביד הגוי שמא קנוניא עשו בינהם ולא משכנו אין כאן טענת ברייא לזה הוצרך הרשב"א ז"ל לטעמא דצירוף ברם לפי סברת הרמב"ם והראב"ד והרב המגיד ז"ל פי"ד מטוען דין ה' דס"ל דטענ' גוי לגבי ישר' לא חשיבא טענה ליסבע על טענתו יע"ש א"כ איכא למימר אף לפי צירוף לא חשיבה טענה מאחר דבאותו בעקרינן אשר פיהם דבר שוא ואם כן אין ראיה לדידן ותלי במוהו' שמ' הסרסור לומר קי"ל כהת הפוס' ז"ל הסוברים דאין טענ' גוי אלימא ואפי' על ידי צירוף

האמנם ראיתי להרדב"ז בח"ד ח"א סי' ת"ה רמזה הר' כנה"ג ח"מ סי' ל"א אות ב' דנשאל כעין נ"ד על ראובן דאמר לשמ' תן מנה לגוי פ' שאני חייב לו ונתנם לגוי בלא עדים ועתה טוען הגוי שלא קבלם והשליח אומר שכבר נתנם לו בשלימות אי דמייא להך דפועלים והנוני וכו' תשו' אם היה חייב כמ' מעות לר' הדבר ברור דנאמן בשבו' דנתן לו משלם וכ"כ הרמב"ם פ"א משלוחין וכו' והיינו מתני' דחנוני כו' וליכא למפטרי משבוע' דהא איכא גוי דקא טעין טענה ודאי שלא עשה שליחותו אבל אם בא שמעו' להוציא מראובן מה שאומר שנתן לגוי כעובדא דהנוני כו' שמעו' פשע שנתן לו בלא עדים כו' וכ"ש בגוי אשר פיהם דבר שוא עכ"ל הצריך לוהנה הר' ז"ל פשיט ליה דהיכא דשימר' בא ליפטר מטענתו של גוי בשבו' משבעינן ליה דטענת גוי טענת ודאי היא מטיבה אלא דיש לעמוד ע"ד דמאי ראיה מייתי מדברי הרמב"ם ז"ל מה' שלוחין דקאי גבי טענת ישראל לנדון דידיה דהיא טענ' גוי דאשר פיהם דבר שוא והאי דינא לטענת גוי שורשו פתוח בה' טוען פי"ד דכתב הרמב"ם ז"ל בהדיא דלא חקנו היסת בטענת גוי ופירש הרב המגיד ז"ל דטענת גוי טענת שמא היא משום דאין בפיהם נכונה וגם הראב"ד ז"ל מודה ליה בהא ולא משבעינן ליה לישר' אפומא דגוי ואיך לא העלים על שפתיו סבר' הרמב"ם ז"ל ומה גם דאהריה דמר הוא אם לא שנאמר כמו שלדלנו דדינא דצירוף שאני ועל פי זה נסתלקה תמיהת הר"ב בני יעקב בנימוקיו ד' ר"ל ע"א יע"ש ומפי זה בנדון דידן נמי נשבע שמעון הסרסור לראו' ונפטר

וראיתי למהר"ש הובא בהגהו' מימוניות פי"ט מה' מכירה וז"ל פסק רבינו ז"ל על רו"ש שהיה להם הוב בשותפו' ופרע להם הגוי על ע"ו ליטרא כי אומר שראובן חייב לו ע"ו ליטרא וראובן כופר שאינו חייב לו מאומה ורצה לישבע לו והגוי לא רצה לקבל שבועתו וכו' ופסק מורי דההפסד על שניהם בשוה דסתם גוי אנס הוא ואפי' שבועה לא צריך וכו' ע"כ ופסקו מרן סי' קע"ו סעי' ל"ו ומהר"ם שם ופי' הסמ"ע דאין נשבעין על טענת גוי דהוא שמא יע"ש ולכאורה איכא למילף מדברי מוהר"ם ז"ל דהגם דאיכא צירוף טענת הגוי וטענת השותף אסברא לן מהר"ם ז"ל דאמרי' דהוי טענת הגוי שמא דאשר פיהם דבר שוא אלא דזה לא מכרעה דע"כ לא אמרי' האי טעמא דצירוף הטענות אלא דוקא היכא דטענת ישראל בעל הממון אלימא כגון התם דהלוה מסר הממון ביד זה השליח כדי שימסור לו ביד המלוה והמלוה טוען דלא בא ממונו לידו וטענת השליח הוא דאמת יהגה חכו של הלוה אלא דטוען דכבר קיים שליחותיה בכי האי גוונא אמרו ז"ל דמצרפינן טענתייהו וחשיבא טענת בריא וע' להר"ב תה"ד סי' ש"ח ונהר' וקן אהרן רמזו מע"ש סי' ל"א הגהט"ו אות יו"ד ברם הכא בנדון מהר"ם ז"ל הוי כשאר טענות דעלמא דלא טעין שמ' השותף מסרתי בידך מנה

אבל הרשב"ש ז"ל סי' תל"ט פשיטא ליה דאף על ידי צרוף הטענות לא אמרי' גבי גוי ויהיב טעמא למילתיה מאחר דדינא הוא דאם מת המלוה לא משבעינן ליה לשליח יען דנתבט' צרוף הטענות א"כ גוי דאין בדבריו ממש דאשר פיהם כו' כמאן דליתיה דמי ואין על השליח אפי' היסת יע"ש למדנו מזה דהאי דינא דצרוף טענות אי דיינינן כמו כן גבי טענת גוי או לא הוי מחלוקת בין הרשב"ש ז"ל והרדב"ז ז"ל דהרשב"ש ז"ל פשיט ליה דלא מצרפינן ואין כאן שבוע' והרדב"ז ז"ל פשיט ליה דמצרפינן ומשבעינן אפומא דגוי וכבר כתבנו דמתשו' הרשב"א ז"ל הנז' אין ראיה דאיכא לצדד הכי והכי דהרב בני יעקב ז"ל פשיט ליה בדברי הרשב"א ז"ל דאין כונתו מלתא דצרוף וכן הבין הרב ש"ך ז"ל סי' קמ"ט סקי"ג שכתב וז"ל ומתשו' הרשב"א כו' משמע להדיא דחשבינן טענת גוי לברי וכו' יע"ש וע' להרב פמ"א בזכרון דברים דף ו' ובזכרונותיו של הרב דברי אמת אות ברייא ובדברי מהר"א מודעי ז"ל לקע"ד ע"א ורמזו הרב מע"ש סי' ע"ה הגהט"ו אות ל"ד באופן

באופן דלמדנו מהך שקלא וטריא דשתי מחלוקות כדבר הראשון ראשו' מחלוק' של הראשונים ז"ל אי חשיבא טענת גוי טענת ברי"א דלדעת הרמב"ם והראב"ד והרב המגיד ז"ל ומהר"ם בתשו' כ"ו דהביא הגהו' מימוניות פי"ט ממכירה ורמזה ה' פמ"א ה"א דקמ"ו והרשב"ם ז"ל והילך לשון הר"ב העיטור דס"ו ע"ב וז"ל וקטן תובע וגולן לא משבעינן הכרים אטענתיה בשבועת היסת דלא מצי אפוכא עכ"ל הרי למדנו מדבריו דכל היכא דליכא הפוך שבועה לתובע לא תקנו חז"ל היסת ומינה גוי התובע לישראל מנה לי בידך והישראל כפר לא משבעינן ליה מאחר דאין כאן הפוך שבוע' ואיברא דאם באתה לידי מדה זו ליכא למילף היכא דקא מודה ליה במקצת דהתם ליכא הפוך לרובא דרבוותא כנודע יעו' בתשו' הגאונים ז"ל בס' שערי צדק ש"ע המשי סי' ג' ברם לטענה דאשר פיהם דבר שוא לא שנא כפר בכלו ול"ש מודה במקצת פטרינן ליה לימר' לישבע

האמנם הרב מהר"א מודעי ז"ל אסברא לן דמתשו' הגאוני' ז"ל שם שכתבו בהדי' וז"ל ואי עבד כנעני הוא לא ישא אלא גוי אלו תבע ליה מי לא משתבע ישראל לגוי בדיניהם יע"ש ואמ' דגם מתשו' הרא"ש ז"ל כלל ק"ג סי' ב' דנשאל על גוי דהיה לו משכון ביד ישראל וטען הגוי דההלואה היתה בסך יו"ד ליטרין והישראל מצא בפנקסו ט"ו זהובים כו' אם יכול לישבע על סמך פנקסו וכו' והשיב וז"ל יראה שאדם שכתוב בפנקסו כל דבריו בדקדוק כדי שיהא זכור מהם כי אי אפ' לאדם לזכור כל עסקיו ע"פ ויוכל לישבע על זה יע"ש הנה מתבאר לכאורה דטענ' גוי חשיבא טענ' ברי"א לישבע ומשבעינן ליה בבי דינא אפומא דנכרי ולא אמרינן אשר פיהם דבר שוא ולפום ריהטא משמע דתביעתו של הגוי בעל המשכון והשבועה שלישראל היה היה קמי בי דינא דידן בזו ואפשר לומר דלעולם אימא לך דטענ' גוי לא חשיבא לאשבועי על טענתו אלא דהגוי רצה לקבל שבועתו וכמ"ש מוהר"ם ז"ל הובא בתשו' מימוניות הנ"ל דכתבו שהגוי לא רצה לקבל שבועתו דאיכא למידק מינה הא אם רצה הגוי לקבל שבועתו משביעינן ליה וכמו שכתב הרב כנה"ג סי' קע"ו הגב"י אות ר"ו וז"ל וכן בדין אם רצה החובר לקבל שבועתו והוא לא רצה להשבע כו' יע"ש

ועוד אפשר למלהי במאי דאסברא לן הר"ב ש"ך סי' ל"א סע"ק ג' דהיכא דהישראל בא ליטול מיד הגוי אפשר דכ"ע מודו דאינו נוטל אלא בשבועה יע"ש וא"כ בנדון הרא"ש ז"ל דהישראל תובע מן הגוי ט"ו ליטרין והגוי מכחישו דאינו אלא יו"ד ליטרין על זה השיב הרא"ש ז"ל דרמינן שבועה על הישראל התובע ליטול ט"ו ליטרין כדבריו אלא דלזה יש לעיין לכאורה כמ"ש הר' ש"ך סי' ע"ב סקי"ד ועמדתי ע"ד בכלל זה בזכרונותי אות מוחזק יע"ש ובזכרונות הרב לדברי אמת אות משכון סי' קנ"ה יע"ש ואין הפנאי מסכים עמנו מפני המשא הכבד העול צבור המוטל על צוארנו

ואחר החיפוש מצאתי למהר"ם באחרונות סי' תתצ"ו דנשאל על רו"ש שהיו שותפין ונתנו לישמעא' א' ממון בחוב ומת הישמע' ותבעה אשת הגוי את המשכונות מראובן וכפרה בחוב וכראות ראובן כפר הוא גם במשכונות וחלקם עם שמעו' ועמדה אשת הגוי בפני השופט כו' וחייבוהו שבוע' וכו' ולא רצתה לקבל שבוע' מראובן והביאה הדברים לפני שרים גדולים עד שעלה הדבר לממון גדול ואמ' ראובן לשמעו' תן חלקך בדבר זה והשיב לו שמעו' לא אתן כלום וכו' והשיב וז"ל כך דעתי נוטה שהדין עם שמ' הואיל שהמשכונות לא היו שוין אלא כנגד החוב ואין לה לישמעאלית על ראובן אלא שבוע' וזו שאינ' רוצה לקבל השבוע' אונס הוא וכו' ולא דמי לאחין שחלקו ובא בעל חוב וכו' דבעלמא החלוקה דהתם כולהו חייבין לפרוע חובת אביהם אבל הכא אונס הוא דהא לית לה גביה אלא שבועה וכו' ע"כ והנה הכא דבא ראובן ליפטר מתביעת הישמעאלית דכבר כפר ראובן במשכונות אמאי החליט מאמרו מהר"ם ז"ל דראובן ישבע הא כבר אסברא לן מהר"ם ז"ל דאין טענת גוי חשיבא טענת ברי"א ואין נשבעין עליה ומריהטא דליכא משמע דלפום דינא קאמר דחייב ראובן לישבע ע"פ טענ' גוי ואפשר לחדד ולומר דלעולם טענ' גוי אין נשבעין עליה וכונת מהר"ם הוא אם היתה רוצה הישמעאלית לקבל שבועתו של ראובן וכמו שכתב הרב כנה"ג ז"ל בדברי מהר"ם דתשוב' מימוניות וכאמור

הפלא העולה דלא ימלט מפלוגתא אי טענ' גוי חשיבא לאשבועי ועוד איכא פלוגת' אחריתי כנז' למעלה דהגם דאין נשבעין על טענת גוי עכ"ז על ידי צרוף טענות הרדב"ז ז"ל פשיטא ליה דמשבעינן ליה וכמו שלדדנו בדבריו ושכנגדו חלוק עליו הרשב"ש ז"ל וא"כ מצי המוחז' לומר תרי קי"ל קי"ל כדעת רובא דרבוותא דס"ל דאין נשבעין על טענ' גוי וקי"ל כמ"ד דגם על ידי צרוף לא משבעינן וא"כ בנדון דידן שתיגו' הסרסור נשבע מאחר דהסוחר נח רוגזיה בשבועתו של שמעו' שישבע ולא יתבע לראובן וכמו שכתבנו משם הרב כנה"ג ז"ל דפשיט ליה הכי דאם הגוי מקבל שבועתו ואינו רוצה להשבע הא ודאי הדברים מוכיחים שהגוי אמת יהגה חכו בתביעתו יע"ש ועל פי דבריו שללו של הרב ז"ל לדדנו ליישב תשובת מהר"ם ז"ל ותשוב' הרא"ש ז"ל דהגם דס"ל דטענת גוי היא טענת שמא מאחר כי אין בפיהו נכונה עכ"ז היכא דהגוי מקבל שבועתו אם אינו רוצה להשבע אמרי' דבמלאא כדנא האמת אתו ולא קא מפסיד השותף חבירו ומינה בנ"ד דעל ידי שבועת הסרסור אית ליה תועלת לראובן דאינו מפסיד לשלם לגוי פעם שני אבל אם טוען הסרסור מאחר דלא אלים כחו של הסוחר לגבו' חובו מיד ראובן כיון דאין כתב ידו של ראובן ביד הסוחר ובשלמא אם היה ביה כתב חתימתו של ראובן ביד הסוחר ולא כתיב בגבו פרעון הסך הנז' הוה שמי נידיה של הסוחר לגבות ממנו חובו במשלם ולא הוה מפטר נפשיה ראובן דכבר מסרתיו ביד הסרסור שלך

דכך

דכך מנהג הסוחרים דאינו נאמן הלוה לומר פרעתי לסרסור יען שלא לקח השטר יד מיד הסרסור או שאינו כתוב על גבו וכמ"ש הרב פאת נגב ז"ל ח"מ סי' מ"א יע"ש נמצא דראובן הוה מפסיד אם אינו נשבע הסרסו' ושוי כההיא שכתב הרב כנה"ג ז"ל אבל שהא דאיכא בידו של הסוחר לגבות שום פ"ק מיד ראובן א"כ מה לך עלי בעלילת הסוחר עליך שלא פרעת כי אין בפיהו נכונה השבע אתה לסוחר דכבר פרעת לי אם תרצה ולמה אתה דוחקני להוציא שבוע' מפי דמתיירא אני אפי' לישבע באמת כנודע הדינים הסרסו' מאחר דאין בידו של הסוחר כח לתבוע מר' יעקב דליכא חתימת ידו ביד הסוחר א"כ למה ילקה הסרסור ולהטליך עליו חומר השבועה

ואיברא ליש להקור אם רוצה הסרסור לישבע אם ישביעוהו ב"ד שישבע מאחר דטענת גוי היא טענת שמא ולכאורה באנו למחלוק' סברת היש מי שכתב דהביא מהר"ש יונה בתשו' סי' כ"ה דהא דאמרי' דאין נשבעין על טענ' שמא היינו אפי' אם ירצה הנתבע עצמו לישבע לא שבקינן ליה לישבע ושכנגדו חלוק עליו הרב מהר"ש יונה ז"ל וס"ל דאע"ג דאין נשבעין ע"ט שמא אם רצה הנתבע לישבע הרשות בידו. יע"ש וכתב הרב כנה"ג ח"מ סי' ע"ה הגה"ט אות פ"ו דכ"כ מהרש"ך ח"א סי' ק' ומהר"ש סי' פ"ב דאע"ג דנתבע פטור משבוע' להפיס דעת התובע ישבע יע"ש והר' כנה"ג שם חולק ע"ו דמאחר דהיא טענת שמא תורת שבוע' זו למה ואיכא איסורא דהזכרת שם שמים לבטלה יע"ש

והאמנם זה ימים ושנים למע' מעשרים שנה עמדתי ע"ד הר' כנה"ג ודעימיה ממאי דפירשו הראשונים ז"ל הסוגיא הנאמרה בפ"ק דמציעא ד"ו ע"א וזה נוסחה א"ר יוחנן היה חייב לחברו שבוע' וכו' הוחזק כפרן וכו' מסתברא מילתא וכו' דנתחייב שבוע' בב"ד אבל חייב עצמו שבוע' נאמן עביד איניש דמקרי ואמר יע"ש ופירש הרב ר' יהונתן ז"ל הביאו דבריו הר"ב ב"י שם בסוגיין וז"ל כגון שהיה טוענו בטענ' שמא ואמר הוא לב"ד אע"פ שאין אני חייב לו שבוע' אע"פ כן אשבע לו ולאחר זמן כפר בשבוע' שאמר דנשבע ולא נשבע לא אמרי' בכי הא הוחזק כפרן וישלם דכיון דחברו אינו יכול לישב' דהא טענת שמא לשוי בשניהם השודי' כו' ואמרי' אישתמוטי הוה משתמיט כו' ע"כ גם הראב"ד ז"ל שם הביאו הר"ב ב"י פירש הסוגייא במי שטוענו עבדי גנבת והלא טוען לא גנבתי וכו' וזה הלוקח לא החזיק שני חזקה והיה זה התובע יכול לגלו בלא שבוע' וחייב עצמו שבוע' בקבל בב"ד שלא יגלנו עד שישבע וכו' יע"ש גם הרא"ש בתוספותיו שם כתב וז"ל קשיא לן אם חייב עצמו שבוע' ומאי למיהדר ביה ולימא לא בעינא השבועה' א"כ מאי שקיל וטרי בה תלמודא כאלו הוא מחוייב שבוע' וכו' יע"ש מוכחי מדברי הראשונים ז"ל דלא אמרי' תורת שבוע' זו למה ואיכא איסור' דהזכרת ש"ש לבטלה כסברת הר' כנה"ג ז"ל ודעימיה גם מדברי הרמב"ם ז"ל פ"ו מה' סנהדרין ה"ה והטור סי' כ"ב שכתבו דמי שלא היה חייב שבוע' ואמר אשבע לך אם קנו מידו אינו יכול לחזור בו ע"כ מוכח הפך סברה הלזו ואין כאן איסור ש"ש לבטלה וכן נראה לע"ד למילף מדברי התוס' פ' שבועת הדיינין דמ"א ע"א ד"ה מאן כו' שכתבו וז"ל אומר ר"ת ז"ל השתא דלא איתמר הילכתא כחד מהנך לישני היכא דליכא דררא דממונא לא משבעינן ליה מספק דהמע"ה ואעפ"כ לא היה מוחה בדיינין המשביעין ע"כ ואם איתא כש' הר' כנה"ג ודעימיה דס"ל דכל דאיכא ספיקא אי משבעינן ליה איכא איסורא דהזכרת ש"ש לבטלה א"כ מאי איריא מטעמא דהמע"ה ת"ל מאחר דאיכא ספיקא ספק איסורא היא ולהאי טעמ' דמשו' מוחזק לא משביעינן מוכח דאם רצה הנתבע לאמת דבריו ולהשבע שבקינן ליה וכן אמאי לא היה מוחה בדיינין המשביעין מאחר דאיכא ס' איסור דהזכרת ש"ש באופן דכעת לא מצאנו מי מהראשונים שחולקין על סברת הלזו ולא איקשי למאי דכתי' ממה שכתב הרא"ש ופסקו הטור א"ה ס"סי ל"ו וז"ל וגם כיון דאיכ' פלוגתא דרבוותא לא עבדינן עובדא לחייבה שבועה ע"כ דמשמע דאין להזכיר ש"ש כיון דאיכא ספיקא הא לא תכרעה דדברי הרא"ש והטור אינן אמורין אלא לגבי דינא דהכי דייק לישניה לא עבדינן כו' גרס אם האשה עצמה רוצה לאמת דבריה ולהשבע דאין אלה משל בעלה כלום אה"ן דשבקינן לה הגם דאינה באה להוציא כגון שאינה תובעת כתובת' דאם היא באה להוציא אזי אינה תלוי ברצונה מטעם דיאמרו היורשים קי"ל כמ"ד דמהויינת לשבע וכידוע

ואיברא לדברי מהרימ"ט ח"א סי' קנ"א דסיים ע"ד הרא"ש הלזו וז"ל אף ע"פ שהאשה באה להוציא לא מחיינינן לה שבועה מס' ע"כ הנה הנם תמוהים לכאורה וכבר עמדו ע"ד האחרונים ז"ל יעויין להרב כנה"ג בתשו' ח"מ ח"א סי' ק"ג ובהר' בני משה מאג'אר ז"ל דקי"ט ע"ד ע"ש ואשתמיטו ליה תשו' הר' כנה"ג הנז' ועי' להרב חק"ל ח"מ ח"א דרכ"ג ע"ב דעמד ע"ד הר' מהרימ"ט יע"ש הנלע"ד כתבתי

הצעיר **אליעזר די טולידו** ס"ט

סימן קז

שאלה הן לריב ומצה אשר נפל בין עדת רופי"ט המקטארים של מחמו'פאש'ה שהנה יש תקנה בעלי הנויות מעדת הרופ'יט הנז' שהמה מביאים סחורות מעסק הנו' מקרית חוצות כדרך הסוחרים בעלי אודאס ומוכרים אותן בחנויותהם לאט לאט על יד שלא כדרך התגרים בעלי אודאס שמוכרים הרבה ביחד אלא הם מוכרי' מועט מועט ועי"ז קמו נועדו יחד שאר אנשי עדת הרופ'יט הנז' בעלי חנויות קובלים ומתרעמים וצועקין בקול מרה למלאת כדבר רעה חולה כי זו היא סיבה לקפח פרנסתם וממונם וקרנם כלה ואובד שמאחר שאנשי הרופ'יט המה קוני' מסוחרים בעלי האודאש כנהוג הם קונין ביוקר יען שהסוחרים

שהסוחרים שמביאים הסחורות ממדינ' הים הם צריכין להרויח בסחורותם ואחר קנייתן מהסוחרים בעלי אודאם כמה הוצאו' ופזורים יש להם עד שעת הנחתן והבאתן לחנויותהן והאנשי' האלה בעלי החנויות אחר שהנה הגם שמה מסתחרים ומביאים סחורות מעסק עקטארלי'ק מקרית חוצות ומוכרין על יד על יד בחנויותהם והקוני' מזדמנים להם מפני שהם מוכרין בזול יותר יען דאף אם יפחתו השער עם כ"ז איכא רווחא במכירתם בערך שקנו הם ועל ידי זה שאר אנשי עדת הרופ'יט המה לנוכח יביטו וכנגדם יעמודו מלמכור לקונין הבאים להם וע"י עכבתם הסחורות בחנויות ישנו תחת שאפשר דאתרמי זולא בסחורתם ולא די שהם מרויחים אלא שאתרמי ביה פסיד' בגוף הקרן ועוד רעה חולה מפני שרגילות הוא שיש לכל אחד מבעלי החנויות לוקחים מיוחדים ומקיפין אותן סחורה כל ארעא וכראות הלוקחים הנז' דיש בעלי חנויות המוכרי' בזול הרבה מתמוטטים והולכין לאותן בעלי החנויו' המביאין סחורו' מעסק הנז' מקרית חוצו' וקונין מהם ומזה הגורמת היזק גדול בהקפות והלואו' שיש להם לשאר אנשי הרופ'יט ועדת הרופ'יט מלכלכ דבריו במשפט להאנשים ההם זאת עשו להם אם תרצ' להסתחר ולהבי' סחורו' מקרית חוצו' עשו עצמכם כדרך הסוחרים בקביעות באודאם

עוד נתגלגלו הדברי' ובאו רופ'יט הקאזאזי' קובלי' ומתרעמים על סוחר א' דשינה את עצמו מדרך התגרים שכל התגרי' אינם מוכרים סחורותיהם לאט לאט מפני דזה דרך בעלי החנויות אלא הם מוכרים הרבה ביחד והנה סוחר זה הנה זה ימים מועטים שעשה את עצמו כדרך בעלי החנויו' למכור על יד על יד בזול הרבה ועל ידי זה הוצרכו רופ'ט הקאזאזים למכור בזול כאשר היה מוכר הסוחר הנז' וכראות הסוחר שפחתו השער רופ'יט הקאזאזי' פיחת הוא השער יותר בערך שהיו מוכרים רופ'יט הקאזאזים ובאו אנשי רופ'ט הקאזאזי' ופיחתו גם המה למכור בזול כערך שהיה מוכר הסוחר הנז' יען וביען מפני הקונין שהיו קונין מתחילה מרופיט הנז' ויש להם הקפות והלואות עם הקונין הנז' והיו מתמוטטים והולכין אצל הסוחר הנז' וראה והביט הסוחר הנז' שעדת הרופיט הנז' היו מוכרים בערך זול כערך שהיה מוכר הוא עצמו עמד ופיחת השער מערך שהיה וע"ז היו הקונין הולכין ומתמוטטים מחנויותהם מעדת רופ'יט הקאזאזים ולא יכלו להתאפק עוד עדת הקאזאזים ובאו קובלים ומתרעמים וגדלה השלהבת ביניהם באומרם כי דבר זה לא יעשה שום סוחר לקפח פרנסתם של בעלי החנויות הן שעל ידי זה אי אפשר שירויחו במשא ומתן כלל והן שקרן גופיה כלה ונאבד על ידי שאוזין בעכב שלא למכור

בערך שהסוחר מוכר מפני שמאחר הוא המביא הסחורות מעס' הנז' מקרית חוצות דין גרמא שאזיל והולך פחת השער וגם שום מלוי ובריא היזקא שהקפות והלואות שמקיפין בחנויותהם לקונין המיוחדין שיש להם אזיל והולך לאבוד כנהוג וע"ז יחדיו למשפט קרבו ויאתיון ב' הכתות לסורות להם את הדרך ילכו בה

תשובה הגם כי טרדות הזמן ועול צבור השתרגו עלו על צוארי ואי אפשר לצרר וללבן ולירד בעומקה של הלכה מ"מ יען דאי אפשר לומר ונקה ע"כ הוצרכתי לישא וליתן בעיקר הדין ואען ואומר כי לפום ריהטא נראה דאין יתכן לעכב בידם שלא ימכרו בחנותם על יד על יד מאחר דהלכה רווחא דטעמא דפסקא לחיותייהו תנן שוית כמו שפסקו רובא דרבוותא והגם שכתבו הר' נה"ב נ"ל ור' אביאסף כתב מרן ז"ל דס"ל ה' כרב הונא דמצי מעכב מטעם דפסקא לחיותייהו מ"מ הא איכא רוב מנין ורוב בנין דסברי דאין הלכ' כרב הונא ויעוי' להרב פאת נגב ח"מ סי' ל"א מט"ש סי' קנ"ג הגב"י אות כ"ט דקל"ד רע"ג הרב כנה"ג בח' ח"מ סי' כ"ג דרנ"ב ע"ב וכבר כתב מהרשד"ם ח"מ סימן ת"ו וז"ל והטעם שאינן יכולין למחות ביד התוגרמים ויתר הגוים למה תלקה מ"הד על ישראל כו' וכ"ש שדין המלכו' כן הוא שכל סוחר יוכל להסתחר בכל מקום שירצה כו' יעו"ש והביא דבריו הר' מהרי"ט אלגאזי בס' שמחת יו"ט סי' ל"ג דקכ"ה ע"א ע' פ"ת ז"ל ח"א סי' ט"ל ב"ד ז"ל ח"מ סימן ק'

אמנם בא לידינו גורה מעשה ב"ד רבא דחתימי עלה רבנן תקיפי ה"ה מהר"א קמחי ומהר"י אלעיף ומהר"א גלמידי ז"ל חלקם בחיים דנשאלה שאלה כזאת כגוונא דנ"ל לפניהם מאת עדת רופ'יט המירסירום וז"ל לכיות שהר'פ' ופ' מאנשי רופ'יט המירסירום חדשים מקרוב המה מביאים סחורות מעס' הנז' ממדינת הים כדרך הסוחרים ומוכרים אותם בחנויותהם לאט לאט וע"ז עמדו לדין שאר אנשי הרופ'יט עם האנשים ושואלים ודורשים כו' שלא זו הדרך לשבית ע"י שאו' מא"ה כדרך התגרים ולמכור אותם בחנויותהם כי זה סיבה לקפח את פרנסתם יען הם מוכרים הרופ'אם בזול יען שמביאים הסחורה על ידם כו' משא"כ שאר הרופ'יט שלוקחים הסחורה מיד הסוחרים ונמצא לעולם האנשים הנקובים הנז' נושאים ונותנים ומוכרי' הסחורות בחנויותהם כרצונם וקונין מזדמנין להן ושאר הרופ'יט המה לנוכח יביטו כו' ואנחנו ב"ל הע"ה אחר שנשאנו ונתנו בדבר הלכ' עלתה הסכמתי' וראינו שורת הדין שעדת הרופ'יט המירסירום דינ' קא בעו ולא תהא כזאת בישראל לגרום היזק לשאר הרופ'יט כלל ויפה עשו שמי שירצה להסתחר כו' יקבע עצמו באודה כו' כדרך התגרים והאיש אשר יעשה בזדון לבלתי שומע לקול מורים ענוש יענש כו' ע"ש ועל האמת באנו ע"ה שנ' אקע"ד עכ"ל הרי מפורש דפסקו לדינא בהכיא' הריפא דמצו מעכב שאר אנשי הרופ'ט להאנשי' המביאים הסחו' מקרית חוצות שלא יסתחרו כלל כדרך התגרים ואדרבה קנס קנסו הז"ל לכל העובר על דבריהם ולפום ריהטא אינותנו יודע עד מה על איזה דין ועל איזה הל' תלו עצמן דכתבו דנשאו ונתנו בהל' ועלתה הסכמתם דשורת הדין נותן לעכב בידן

ברם אחר החיפוש יראה ברואה הם אמת ודבריהם אמת וטעמם ונימוקם עמם וסוף

ז"ל והוא לכבר המוניענו הרב מהרי"קו ז"ל סו' קנ"ב דע"כ לא פליג רב הונא בריה דר"י על רב הונא אלא דוקא במניעת הריוח ובהכי לא קבילא דגורם היזק בממונו וז"ל וכן נ"ל ע"כ דיש לחלק בין מניעת הריוח כגון כאי מאן דאוקי חנור ורחיים כו' ומאחר שכן הוא אע"ג דפליג רב הונא בריה דר"י אהרב הונא דב"מ אב"מ דנפשי' לא מלי מהכ' דפסק' לחיותיה לאו טענה לעכב עליה מ"מ מודי' הוא היכא דאיכא משום היזק ואפי' היזק מועט כו' וכ"ש היכא דאיכ' היזק מרובה ע"כ והרב עיין משפט בדל"ב ע"ד הביא דברי מהרי"קו ז"ל וסמיך עלה יע"ש גם מהרח"ש ז"ל ח"ג סי' ק"א דקמ"ה ע"ב נשאל על עיר פטרץ שרלה לעכב על סוחרי הארץ שלא להסתחר בעיר פטרץ כו' וכתב וז"ל דאע"ג דאמרינן כו' היינו היכא דליכא אלא מניעת הריוח אבל היכא דאיכא היזק אפי' קלת מלי מעכב וכמ"ש מהרי"קו כו' יע"ש

הרי למדנו מדברי שלשת הרועים דאפוסי פלוגתא לא מפסינן בין המורים דע"כ לא פליגי רב הונא בריה דר"י ארב הונא דהאי טעמ' דפסקו להיותייהו אינה מועיל לדינא אלא דוקא בדבר דאין ההיזק המגיע אלא בהרווחה אבל היכא דמגיע היזק בגוף הממון מלו לעכב אפי' בבר מתא דנפשיה וכמו שמפורש יוצא מדברי מהרי"קו ז"ל כנז' ובהלערכות נמי סברת הרב ה"ג ור' אביאסף דפסקו כרב הונא כמ"ש ז"ל וראיתי לו למהרח"ש שם שכתב וז"ל ועוד דאע"ג דלא דיינינן הך מילתא בדינא דגרמי אלא בגרמ' בנזיקין דפטור לשלם אם נעשה היזק כו' ׳ מ"מ אסור לכתחילה לגרום ההיזק כו' כ"ש שיש לב"ד למונעו תחילה שלא יגרום היזק וא"כ הכא בנ"ד כו' יש לבני פטרץ למנו' לסוח' שלא להסתחר ע"כ וזה נראה מדוייק בדברי המנודקי' של רבני עירינו שכתבו וראינו שורת הדין כו' לגרום היזק לעדת הרופ'יט כו וכ"כ הרב כרם שלמה ח"מ סי' פ"ב דרי"ב ע"ד וז"ל לכן נר' דבאמת לא סמך מהר"א הלוי לסייע לבני מתא כו' דבכה"ג לא לבד מפסיד ריוחייהו של בני מתא אלא גם מכלי קרנייהו וטעם זה עמש עיקר לזמר דמלי מעכבי עלייהו כו' יע"ש גם הרב מע"ש ח"ג הב"מ סי' ט"ז ורמוה בה"א סי' קנ"ו הגבה"י אות ל"א על עיר פ'יליבי יע"א דהיו מוכרין הסחורות בזול ומזלזלין את השער של הסחורות של בני העיר כו' והשיב הרב דמלי מעכבי דלאו מטעמא דפסקא להיותייהו קא אתו עלה אלא מטעמא דמגיע להן נזק מהמחייהו כו' כמ"ש מהרח"ש והרב כ"ש יע"ש נמצא דבהאי סברה דהסברים לנו הר' מהרי"קו בדרשיו לא מלינו חולק כעת בפי' ויעו' להר' משפטי שמואל סי' מ"ט וא"כ יפה דנו יפה זיכו רבני עירינו לעדת רופיט המירפירוז מטעמא דמגי' להן נזק מהמחייהו ומעתה גם בנ"ד דיינינן הכי מהאי טעמא גופא ועוד עדיפא בנ"ד דבאו בשאלה בעדת הרופ'ט העקטא' קובלין ומתרעמים דבא להם היזק בהקפות והשלואות שיש להם לוקחים מיוחדים כנהוג ועי"ז הם מתמוטטין להנו לאנו מבעלי החנויות כו' אפר מהאי טעמא נשאל הרב כ"ש ח"מ סי' ל"ח רמזו הרב מע"ש שם הגב"י אות מ"ט על ר' שהיה

משא ומתן בין הגוים להלות להם בריבית ויש לו סף מה מפוזר ומפורד בין העמים ובאו אחרים לעשות כן כו' ותחילה לדד הרב דליכ' איסור בדבר משום דפסקא להיותייהו כיון דכל בני עיר אחד הם כו' ושוב כתב הרב דאסור לכל בר ישראל להסיג גבול ר' ורשע מקרי ומוהין בו מטעמא דאיכא הפסד ממון דמהמת זה נפסדת ההקפות וההלואות הישנו' יע"ש ובדברי הרב ד"מ בנו ז"ל הרי בהדיא כמ"ש

ובזאת הרי השיבו להם לעד' הרופ'יט העקטא' האנשים ההמה המניחים הסחורו' מקרית חולות תשובה ניצחת הגם דלא בא בשאלה וזאת דוה נמה שנים והזקנים עדים בדבר דהם ואבותיהם היו מסתחרים נהבאת סחורות מקרית חולות וזה היה מנהגם ככתוב בפסקא שבידם וחתימי עלה עדת הרופ'יט הנז' וז"ל בשנת התקמ"ג נקנו כו' וכל איש ישראל בעל חנות המסתחר באזמיר ובפראנקיאה ומבי' סחורותיו כו' אם מכר מהסחורות הנז' לאיש א' אזי חייב למכור כל הסחורות אמנם אם מכר לשלשה אזי נוטל הוא חלק כדי למוכרה בחנותו ושאים אשר יעבור כו' עכ"ל ׳ הנה בפירושא אתמר והרשות נתנה להם ולאבותיהם להסתחר כרצונם להבי' סחורות מקרית חולות כדרך התגרים ולמכור בחנויות כל זמן שמקיימים התנאי דהיינו אם מוכר מהסחו' הנז' לשלשה אנשים בעלי רופי' העקטא' אזי הרשו' נתנה למביא הסחורה ליטול חלק ולמכור בחנותו ברם אם אינו מוכר לשלשה בעלי רופ'ט הנז' אזי אינו יכו' הוא המביא מהסחורות הנז' בחנותו הגם דמכר לאחד מבעלי רופ'יט הנז' משום דחששו שמא יערים ויעשה קנוניא עם הלוקח הנז' ׳ א"כ נמצא דהבר החזיקו במילתא כדנא בהבאת סחורות מקרית חולות ולמכור בחנותם דור אחר דור ועל מה וע"מ יתבטלו ממנהגם הקדום שלא להסתחר יותר כי האידנא להביא סחורות מקרית חולות ואנשי עדת הרופ'יט הנז' הלא המה משיבים דראה ראינו כמה פעמים דהעליהיעלימו בהביאם הסחורו' מקרית חולות מעיני כל בעלי הרופיט הנז' ומוכרין אותם בחניותיהם על יד על יד ודין גרמא להו נזק גדול ומשום אהבת השלום ושלא לחרחר ריב ומדון בין רופיט הנז' שמנו בפינו מחסום ועשינו עצמנו כרואה ואינו נראה

הנה לכאורה הרואה יראה דהבר דבר זה מפורש בדבריהם הנז' דהלא מהרח"ש שם ומהר"ש ן' חסון וסמך עלה הרב מט"ש שם וז"ל ומטעם חזקה דהבר החזיקו אלו הסוחרים למכור שם כמה שנים ולא מיחו בידם אנשי העיר ליכ' למזכי להו להסוחריסאף דעל זה סמך הר' כ"ש מ"מ הרואה יר' כו' יע"ש ׳ הנה למדנו מרבוותא אלין ה"ה מהרשד"ם ומהרח"ש ומהר"ש ן' חסון וה' בנו של הר' כ"ש וה רב מט"ש דס"ל דמגן שויא ככה"ג חזקה דנ"ד

אמנם המעיין יראה סיום תשו' מהרח"ש שכתב וז"ל ולא שייך בזה חזקה כלל

דעל עתה לא היה להם נזק והפסדיות ולכן היו סובלין אבל עתה שנתסך להם היזק והפסדיות יש בידם כו' יע"ש מוכח דעיקר דבריו הנאמרים למע' שם בדקמ"ה ע"א דהאי חזקה לא מהניא היינו מטע' הלז דעיקר חזקתייהו היה היה דלא היה מגיע להם נזק והפסד אלא מניעת הריוח והשכר מינה היכא דעיקר חזקתייהו היה הגם דע"י המכירה של הסוחר לאט לאט דין גרמא להו היזק והפסד בממונ' אז ודאי דאהנו חזקתייהו וזה מוכרח בדברי מהרש"ח ז"ל דיהיב טעמא דהיינו טעמא דהיכא דשתק מחל היינו כשבידו למחות מדינא דמצי לאוקמא בדיה להוליכו בדינא ודיינא וכיון דשתק ולא מיחה מחל אבל בגוונא דנ"ד דלא מצי מעכב בדין כדאמרינן אי סייך בכרג"ה לא מצי מעכב לא שייך למימר כיון דשתק ולא מיחה דהא אין בידו לעכב ע"כ וא"כ היכ' דאיכא היזק והפסד דלא שייך טעמא דשייך בכרג"ה וכמ"ש שם ע"ב מדברי מהרי"קו דאז ודאי מצי לאוקמ' קמי ב"ד ליעכב ע"י ושתק ולא מיחה אמרינן דמחל ונדון הרב ל"ס ז"ל דרמו עלה הרב גנו ז"ל תשובת מהרח"ש הנו' דלא כמר אביו היה היה דלא היה מגי' להם נזק והפסד תדע דהרי בדרי"ב ע"ד הביא הרב כ"ס ז"ל החילוק הלז וכתב ולכן נראה באמת כו' ושוב את"ה הג"מ הנו' דכב' החזיקו כו' ודוק בדברי מהרי"ח הלוי שם יע"ש ואיגר' דבדברי מהרש"ך הסון הכת' וז"ל ומכח חזקה אין להם טענה שהרי היא חזקה שא"ע טענה שעד עתה לא היו מכבדים עליהם והיו יכולין לסבול ועתה אינן יכולין או אינם רוצים כו' ע"כ

ויש לפלפל בדבריו ז"ל במ"ש או אינן רוצים אם הוא סוחר הקודם דהגם דמעיקרא היו מכבדים עליהם עכ"ו עתה יומא כי האידנא אינם רוצים מטעמא דקא יהיב הרב דחזקה שא"ע טענה אלא דהמעיין ירא' דלא עלה ע"ד חילוק מהרי"קו הגם דנדון דידיה היה היה דנקרבה ההיזק ודימהו הרב ז"ל להשיא דבר מבוהב משמ' דלא שנא ליה אלא דמהרח"ש נשא ונתן בנדון הלז גם בחילוק זה וכתב דאם החזיקו בזה הוי חזקה כנלע"ד

הצעיר **אליעזר די**

טולידו ס"ט

סימן קח

שאלה אלמנה אחת שהיתה לה מוליי"א שהיו חייבים לה כוללו' הערלים בפאטריק אחני סך ארבעה אלפים גרוש' ואמרה לר' שישתדל בעדה לגבות הרבית על ידו מדי שנה בשנה ונטל ראובן המולייא ונתנה לאביו יעקב שיגבהו על ידו ובא יעקב ונטל המולייא והלך לפאטריק אחני וגבה כל הקרן בשלמות ונתנה לגוי אחר והיה זה בזמן הערעור והקטרוג של גוים אכזרים הגריגו"ס שיש כמו ח' שנים ומאז ועד עתה היה נוטל יעקב הרבית הנולה מידי שנה בשנה והיה שולח לה להאלמנה וזה כמו שנה שעכב ידו הגוי שלא לשלם שום פרוטה לא מהקרן ולא מהרבית ובאה האלמנה צועקת בקול מרה צרה כמבכירה על זה ועל מה ראובן מסר המולייא ביד אביו יעקב שהיא חושדת אותו דשמא המעות שגבה מהפאטריק אחני לקחם לעצמו ועבר על שמה הוב' זה שהיה לו על גוי זה במולייא אחרת דליעקב היה לו מולייא על ערל זה ועוד טוענת דאינלך פשיעה גדולה מזו דמאחר דכבר יצא הערעו' של הגריגו"ס בעולם כאשר ידוע לכל באי שער עירנו קושטא יע"א דבשנת ק"פ יום שלאחר הפורים גזר המלך יר"ה לכל עמו התוגרים שכל אחד ואחד קטן וגדול על משמרתו יעמוד וידו אוחזת בחרב והנית יען שהערלים אשר בתוך קושטא המה נטלו עצה לרעה כו' ונמצא דהשונא והאויב אשר בקרבו נראין כ הוהנין וא"כ על מי סמך יעקב למסור הכסף הנו' ביד הגוי מאחר דמן השמים רחשו עליה דהפאטריק אחני כלו ויהותו לשלם במיטבא אף באותו זמן של ההפיכה שלהם עוד טוענת האלמנה דלו יהיה כדבריו אמאי לא נטל משכון מיד הגוי הלוה דבשלמ' בכוללות הפאטריק אחני לאו אורחייהו לתת משכון כנודע אמנם באדם יחידי אין סברה לתת בלתי משכון ולזה השיב ראובן דבעת מסירת המולייא בידו אמרה לו האלמנה דכל מה שיראה בעיניו יעשה ולפיכך מסר המולייא ביד אביו יעקב מאחר דבקי בהם ובשמותיהם של הערלים והוא מוכן ומזומן לישבע ש"ח איך צדקו דבריו דכך אמרה לו האלמנה בעת מסירת המולייא בידו יורנו כו'

תשובה הטענה שטען ראובן דמאחר דיעקב הוא יודע ובקי ויוצא ונכנס אצלם ומשום הכי מסר המולייא ביד אביו הנה טענה שלו טענה היא דכבר בא הדין מפורש יוצא בדברי הר"מ במו"ל פ"ד משאלה דין ח' דכל שמסר השומר הפקדון ביד אחד מקרוביו הסומכין על שולחנו או שרויים עמו בבית לא מקרי פשיעה ועובדא דפרק המפקיד דמסריה לאמו יוכיח ורמזו הה"מ ז"ל ופסקו מרן ז"ל בש"ע סימן רצ"א סא"ך וכבר ידעינן ביעקב אביו ראובן שהוא יותר בקי ויוצא ונכנס ובמקומות הערלים ויפוי כח האב והוא וריז ונשכר בהשתדלות נמרץ במשאו ומתנו באופן דמטענה הלזו ע"מ וע"ת מסר המולייא ביד אחרים לא צדקה בטענתה אף אם האמת איתה שלא אמרה לראובן כל מה שיראה בעיניך עשה ועל החשדה שחושדת אותו ליעקב דמאחר דיש ליעקב עם אותו הגוי הלוה חובות שחייב לו שמא לא מסר כלל יעקב ליד אותו גוי שום פרוטה ממעות הגבייה שגבה מהכוללות הערלים אלא לקחם לעצמו והעביר ע"ש ממעות ומהחוב מהמולייא אשר לו ישלם ע"ש של האלמנה

כאלמנה בזה כבר דינו מפורש בעובדא דההוא גברא דמסריה לאמיה דמשבעינן לה היך שמרה כראוי ולא שלחה בגס יד וא"כ מינה נמי בנ"ד משבעינן ליעקב איך לא שלח בגס יד כדין השומרים מאחר דכבר כתבנו דבנ"ד לא הוי כדין שומר המסר לשומר ושמיה בידיה דראובן למסו' הפקדון ביד אביו יעקב וכאמור וא"כ מחייב יעקב לישבע וכמו שפסקו הפוסקי' והטור ומרן סי' רצ"א סעכ"ג

אמנם לטענה האחרונה דטענה האלמנה דאמאי מסר המעות בהלואה לגוי ברבית בלתי משכון כנז' בשאלה לכאורה נראה לפום ריהטא דכל כי האי מקרי פשיעה להניח מעות ביד גוי בלתי לקיחת משכון מידו וכבר הדבר מפורש יוצא במרדכי ס"פ המפקיד והביא דבריו מרן ב"י סי' רצ"ב סעי' י"א דנפקד דנתן המעות לגוי במשכון לא מקרי פושע אבל אם הלוה לגוי באמנה פושע הוא והביאו הסמ"ע שם סע"ק ד' והכנה"ג שם הגה"ט אות כ"ח ואפי' הניח המעות בראיה שנטל מיד גוי איך הייב לו. סכום המעות עכ"ז מקרי פושע כיון דאין משכון ביד בעל המעות מעותד הוא לכל מיני פסידות דישנו תחת הפ' ודוחה אותו מיום אל יום ויכלה הזמן כאשר עינינו רואות דכמה וכמה ממון מישראל ויתומים ואלמנות כלו ונאבדו על ידם מסיבת דלא היו ביד של בעלי הממון שום חיזוק ואחיזה ותפיסה בידם דרצונם וכונתם של בעלי הממון שנותנין רבות להלוות מעותיהם ברשות אחרים ולהוציא מתחת ידם וכוונתם וממונם דעתם הוא דבכלות הזמן שיוכל לגבות מעותי' בלתי שום טורח ובלתי שום פסידה וכמ"ש הרי"ף בתשו' הביאה ה' הנמק"י בפ' המפקיד גבי ההוא גברא דאפקיד כיפי וכו' כל לא ידענא פשיעו' הוא וז"ל מכאן יש ללמוד דמי שנתן לחברו חפץ שימשכננו ברשות אחרים וכו' ואפי' אמר משכנתיו ביד פ' וכפר בו פשיעותא הוא והייב דהיה לו למשכנו בעדים וכו' דכל זה שהם הכי קאמ' לוה עליו במקום שאוכל לפדותו בכל עת שארצה וכשהניחו השליח בלא עדים פושע הוי יעו"ש מתברר מתשו' הרי"ף דאם הניח המשכון ביד גוי בעדים וכפר בו הגוי דלא מצי לאשתעויי דינא בהדיה מאחר דבעדים דזימן השליח כם ישראלים או דראובן מסר מעותיו ביד שליח כדי שילוה לגויים ברבית והשליח הלוה לגוי המעות בלתי קבלת משכון ועתה בא זמן הפרעון אין לאל ידו של הגוי לפרוע המלוה או דיש בידו ודוחהו מיום אל יום ששפשיע הוי מאחר דלא שמי בידייהו של בע' המשכו' או בעל המעו' ליטול וכוחם בכל שעה שירצו ואפי' לסבר' הר"ן ז"ל דחלק על הרי"ף וסובר דלא מקרי פשיעא מודה בנ"ד דהא קא יהיב טעמ' משום דכיון דלטענ' נאנסו כבר המניה בעל המשכון תחתי' לכל מילי המניה יעו"ש והאי טעמ' לא שייך גבי גוי

ואיברא דהרשב"א בתשו' הביאה מרן ב"י סי' קפ"ד מהו' ד' סמוך ונר' למחלו' הרי"ף והר"ן ז"ל נשאל על ראובן דנתן משכו' לשמ' כו' ולמעו' טוען דמשכנו ביד גוי ואותו גוי מכרו שלא ברשות וכו' והשיב דהדין עם שמ' דשליח שויה וכל שאומר לגוי כ' משכנתיו נאמן כאלו האמינו יעו"ש

הרי לכאורה דס"ל להרשב"א דכיון ליה בסתמ' שמי בידיה להניחו אפי' ביד גוי והר' כנה"ג שם הגב"י אות י"ד וט"ו פירשה להך תשו' הרשב"א אפי' בסתמ' שמי בידיה דשליח להניחו המשכו' ביד גוי וכוי כסב' הר"ן ז"ל והסמ"ע שם סע"ק ד' והמ"כ דהביא הרב כנה"ג שם פירשוה לתשו' הרשב"א בדא"ל שימשכננו ביד גוי יעו"ש באופן דלדעת ה' כנה"ג בדעת הרשב"א ז"ל בגוונא דנ"ד לא מקרי פושע בהניח המעות ביד גוי בלתי קבלת משכון

והרואה יראה תשו' הרשב"א בשורש' לבנו יבין המיאוחן של דבריפ דנשאל בה"ג סי' קל"א וכבר רמזה ה' מט"ש ח"ב הב"מ הגב"י אות ו"ל שאלתם ראובן וכו' וראובן משיב שהוא לא משכן שום דבר לגוי דאינו מכירו דבשעה דמשכנו לא הראה לו השליח המלוה על המשכו' ואע"ג דעכשיו אומר לו לגוי זה משכנתיו אינו מאמינו דחייש לקנונייא ע"כ הרי בהדיא דלא בא בעל המשכון בטענה אלא דמי יימר דאצל גוי זה משכנו שמא אצל גברא אחרינא משכנו הא אם היה השליח מברר בעדים דאצל גוי זה משכנו שוב לא היה לו לבעל המשכון תביעה וטענה עם הסרסור דע"מ וע"ת משכנו אצל גוי אשר פיהם דבר שוא ולא אצל ישראל וע"פ זה השיב שפיר הרשב"א כיון דמתברר בדעת ראובן דבעידן מנוי השליחות לא איכפת ליה אם ימשכננו תחת גוי א"כ הדין עם השליח יעו"ש באופן דכל לגבי דידן דמוכח לקמן שאלתי שנשאל הרשב"א בלכיונה ובקומתה ליכא למילף דשמי בידיה דשליח למשכן אף תחת גוי אשר פיהם דבר שוא דלא כתב הרשב"א דאין כאן פשיעה הכל השליח אלא מטו' דהיה גילוי דעת של בעל המשכון דימשכננו אצל מי שירצה לי"ש גוי לי"ש ישראל וכאמור

ומעתה מ"ש הרב כנה"ג אות י"ד וט"ו ומ"ש הרב מגיד מראשית די"ג ע"א היינו מטעמא דמרן ב"י ז"ל הביא שאלת הרשב"א ז"ל בקיצור ודין גרמא להו דלא נראה בעליל תשובת הרשב"א בזמנם ומה מאד תמיהני על הרב מט"ש שם אות כ"ד דכתב דפ' זמת הוא דהרואה בדברי הרשב"א יראה דליתא להא ע"כ דהאמת הוא דלאו בפירו' אתמר דימשכננו אצל גוי מ"מ מאי דפשיטא ליה להכ'הג דאף בסתמא תוסיף הרשב"א ז"ל דשמי בידיה דשליח למשכנו נמי אצל גוי הא ליכא למילף מדברי הרשב"א דהרשב"א השיב כפי סגנון השאלה וכמו שכתבתי ואף להעמים בדברי המט"ש במ"ש דליתא להא שכתבו הסמ"ע והרב מל"כ דנדון הרשב"א היה היה בדא"ל בהדיא המשלח דימשכננו אף אצל גוי ועי' להרב קול אליהו ח"מ סימן ח"י רמזו ה' מט"ש דהסכים לדינא כמ"ש דבסתמא הוי פושע גמור יעו"ש נמצא דלא מצינו דבר המנגד לומר דשמי בידיה למשכן תחת יד גוי בלתי גילוי דעתו של המשלח

וכשאני לעצמי אפי' לומר דאפי' תימא דשמי בידיה דשליח למשכן אף אצל גוי היינו טעמא משום דלא אפש' למינקט מיד גוי המלוה

המלוה משכון וכי תימא לא ימשכננו ביד גוי אלא ביד ישראל הא אי לא אשתכח מלוה ישראל מה יעשה השליח וכי יחזור למשלח בידים רקניות הא אמרו חז"ל חזקה שליח עושה שליחותו וקפדי אינשי ע"ז ומסתמא אמרינן דעיקר מנוי השליחות ע"ד זה הוה על סיגלה שמשלח דעתו דלא ימשכננו אלא תחת יד ישראל ולא תחת גוי אמנם היכא דהמלוה ישראל ומוסר מעותיו ביד שליח שילום לגוי או לישראל דרך שיקר ע"ד כן מוסרם ביד שלוחו דבנא ומן הגביה יעלם בלתי שום פסידה והפסד ובלתי שום עיכוב ומניעה כלל ואם השליח עבר והלוה המעות בלתי משכון הרי על ידו הכניס מעותיו של המשלח באחריו' והפסד דכל אשראי ש' אתי ש' לא אתי כאשר עינינו הרואות מעשים בכל יום דכל דליכא משכון בידו של מלוה אל עליו עבד מלוה לאיש לוה. וכ"ש וק"ו אם העני הלוה ואין ידו משגת אף אם יבא לידי פריעה היינו ע"י קורמ"ה כנוד' לכל באי שער עירנו יע"א באופן דהאי דינ' דהשמיענו המרדכי ז"ל דכל באמת לגוי פשיעה הוי ומחייב השליח לשלומי מוכרח הוא וא"כ מינה בנ"ד נמי מחייבינן ליה

ואיברא מאי דאיכא לצדד הוא מאחר דהנחת המעות אלו אצל גוי זה הנה היה היה עשיר גדול והכל מרוצין לו לתת לו מעותיהם בהלואה בלתי שום משכון כלל ואע"ג דאם היה גוי שלו גבר' דלא אמיד כ"כ או היינו באין עליו דום מקרי פושע מההיא דמרדכי ז"ל אמנם מאחר דהיה אדם חשוב והכל מרוצין לו להלוות לו בלתי שום נטילת משכון ממנו א"כ אפשר דאזלי' בזה בתר מנהגן של נותני מעות לגויים בריבית וכן נרא' דפשיטא ליה להרב נהפה בכסף ח"מ סי' ה"י דעובד' דידיה הוה דנתן הנפקד מעות הפקדון ביד גוי בלתי משכון ונשבר הגוי כו' וכתב הרב ז"ל בדק"ד ע"ד ו"ל ואף אם היה מנהג הסוחרים לתת מעות לזה הערל ופסקו הפוס' כו' דכל העושה כמנהג הסוחרי' אינו נקר' משנה מדעת חבירו ופטור כו' יע"ש הרי דהרב ז"ל לא העלה על לשונו פסק דדינ' דהמרדכי ז"ל דכל באמנה נקר' פושע וחייב משום דאזיל בתר מנהגא וכאמור ומינה לנ"ד כיון דהני נהיגי כל שהגוי הוא אדם חשוב ואם אדם מבקש ממנו משכון חרפה היא לו ימנע את עצמו מליקח כל כה"ג נאמ' דזה לא הוי עובר ע"ד בעה"ב באופן דבשתי טענות האלו נדחו דברי יעקב

ברם לטענה השלישית דהאלמנה קובלת ומתרעמת מאחר דמן השמים רחמו עליה דהפטרי"ק הא"י פרעו בשלמות ע"ש פ"א אף בזמן הערעור של הגריגוס כנז' בשאלה הנה בטענ' הזו לדקו דבריה ואמת יהנה הכה ואין לך פשיעה גדולה מזו דבידים מסריה ממונא לחבריה במקום הפסד ונרי' היזיקא ומה שטען יעקב דהוא נמי הניח מעותיו עם מעות האלמנה אצל גוי זה נמצא דכבר קיים דברי יהי ממון חברך חביב עליך כשלך האי טענה מגן היא דהיכא דאין המקום ראוי לשמירה לפי ראות בני האדם הגם דגם השומר ממונו עם הפקדון פושע הוי וכמו שפסקו הפוסקים ז"ל יע"ש סי' רצ"ב בטור שע"ז ו"ל אפי' הניח הפקדון עם שלו אם המקום ראוי לשמירה פטור ואם לאו חייב ע"כ וע"ש להרב כנה"ג הגה"ט אות פ"ו ומהרשד"ם ח"מ סי' תמ"ד הורה אף בדבר דהוי בשב ואל תעשה כגון פ' אפוטרופוס דנתעצל לגבות ההונות אחרי דהגיע זמן הפרעונות כו' אפי' לא גבה לא בשבילו ולא בשביל ראובן חייב דאם פשע בשבילו לא היה יכול לפשוע בשל אחרים וכמו שהסכימו הפוסקים וכו' יע"ש והביא דבריו ה' מהריק"ש ריש סי' ר"ן ואע"ג דמהר"י אדרבי סי' קכ"ג רמזו הרב כנה"ג סי' שפ"ו הגה"ט אות י"ד פסק שנפקד שלא מכר המטלט' לאחר ונשרפו דפטור מלשלם דזה הוי גרמה דנתרשל ולא מכרם אבל לא עשה שום מעשה בגוף הדבר יע"ש גם מהרימ"ט ח"מ סי' ק"י פטר לפ' אפוטרופוס שעכב הסחורה ששלחו לו למכרה תכף ועבר ע"ד המשלח ולא מכרה וע"י זו הוזלה הסחורה הרבה וגרם לו הפסד ונזק והשיב ז"ל אע"ג דהשומר חייב בגרמה כמ"ש רועה שהיה יכול להציל וכו' היינו היכא דבריא היזקא אבל זה יאמר לטובה נתכוונתי כדי שיעלו יע"ש ומדברי מהרימ"ט ז"ל מוכח דכדי שיפטר השומר אף דהפסד והנזק בא בגרמא ובשב ואל תעשה צריך טענה וסיבה על מה ועל מה נתרשל ואי ליכא סיבה וטענה על מה נתרשל חייב ומדברי מהר"י אדרבי ז"ל אף דליכא סיבה על עיכובו פטור השומר והיא דצריכא להורבני טעמ' דמחייבינן ליה היינו משום מעשה דהכנחה שהניחם שם הא לאו הכי לא מחייבנן ליה אף דליכא סיבה על מה נתרשל דהא הרי טעמי כתב הרב לטעמא קמא נתן טעם הרב על התרשלותו ואח"כ כתב שנית דאע"ג שנאמר דהיה לו למכרם עכ"פ אין זה פשיעה כי אם גרמה כו' יע"ש ונראה דמודה ובא מהר"י אדרבי ז"ל על תשו' הרשד"ם הנז' דחייב על מה שנתרשל ולא גבה החוב דהתם לפי האמת כבר עשה מעשה דמסרי' ממונא דמפקיד ביד הלוקחים וצריך שישתדל בכל מאמצי כחו שלא ילך לאבוד אותו מעשה אבל בההיא דמהרי"א ז"ל אין כאן שום מעשה שהוציא הנפקד מתחת ידו ומסרו תחת רשו' אחרים וע' תשו' הכנה"ג ח"ב דכ"ח ע"ב וע' להרדב"ז הביא לדבריו ה' כה"ג סי' שפ"ו הגה"ט או' ע"ל ודוק וכמ"ש משם מהרש"ך שם

וכל זה לא שייך בנ"ד דהא אין לך מעשה גדולה מזו דמסר הכסף ד' אלפים גרו' מזכותו של האלמנה ביד הערל אחר שהמלך יר"ה בכל מלכותו של מדינת קוסט' יע"א וריוס בזירון גדול דכל תוגר ותוגר גדול וקטן על משמרתו יעמוד וידו אוחזת בחרב מגן ולנה לקום נגד האויבים הערלים הגריג"וש כנודע ושערלים היו מסוכנים מאד והיו בורחים נסרים ונבלעים מפני הפחד והיראה והפחו' והסגנים של הערלים שמה היו יותר ויותר קרובים למיתה מפני דגדול העלה שמה היו וכו' כנודע וכל המאורע שלזו הנה באה ונהיתה מיום יו' של אדר וזמן נתינת המעות הכסף הנז' היה ביום כ"ג א' נז' ואילך וא"כ אין לך אבוד ממון בידים כזה וגדולה מזו כתב מהרימ"ט ח"מ סי' קי"ב על ראו' דמכר לשמ' קלת סחורות ונתן לו רשות גמור'

גמור למכור בכל אופן שיהיה כו' ושיעשה בסחורו' כנר' בעיניו ולא יוכל לטעון נגדו פשיעת או שהיה כו' כן אמת מה שהרשהו להקיפה היה מוכן מסתמ' בחוץ מגרים וכו' והשיב הר' ז"ל מאחר שהקיפ לארץ אחרת פשע בה ונתחייב באחריותה והריוח הוא לראובן יע"ש והא ודאי דטעמים דפטר הר' בתשו' דסי' ק"י היינו משום דהוא בשב ואל תעשה ובטעמ' דלטובה וכו' אמנם הכא בסי' קי"ב לא אהניא האי טעמ' דלטוב' מאחר דבקום עשה מסר ממונא דחבריה ברשות אחרים וכמו שכן יראה הרואה שקבעלו ג' פרועים ה"ה ה' מגיד מראשית סי' ו' וה' ורע אברהם ח"מ ס"י וה'נחפה בכס'פס בדק"ד ע"ב דהאי טעמ' דלטובה נתכוונתי לא אהניא היכא דשינה מדע' הבעלים ע"י מעשה והנה למדנו מתורת מהרימ"ט דהגם דהעדיף כחו של השליח בכמה לישני שפירי לפטרו מפשיע' ומכנוי ואף גם זאת דהשליטו על ממונו דכל מה שיראה בעיניו יעשה עכ"ז אתי משמעו' המובן מלישניה דלאו בפירושא קאמר אלא מכללא ומסתמא ומבטל ליה למאי דפטר ליה ואמרי' דלא נתכון המשלח אלא למשמעו' המובן מלשונו כ"ש וק"ו היכא דהפשיע' היא הנראה לעין כל למסור סך עצום כזה ביד גויים ערלים אכזרים בזמן הזה דכבר יצא הערעור והקטרוג והפחד של המלך יר"ה עם הערלים להכריתם להם ולזרעם אחריהם איך יעלה על לבב אנוש לתת בידם לריוח היום אשר היו במלב נבוקר יאמר מי יתן וכו' והגם דבא בשאלה דטען ראובן דבשעת מסירה המולייא כך אמרה לו האלמנה דכל מה שיראה בעיניו יעשה לא אהנייא האי לישנא לפשוע ולהזיק בידים המאודהא בנדון מהרימ"ט ז"ל לא פטר ליה ה' ז"ל מכח האי לישנא וכאמור

וכי תימא הרי כתב הרב יכין ובועז ח"מ סי' ע"א על ראובן דעשה שליח לשמ' שימכור לו הפך והלך שמעון ולקח בסך מה וטען שמ' שסתם עשה אותו ולא נוהו על סך ידוע אבל א"ל מה שנראה לך עשה וכו' תבו' וכו' וכפי השאלה השליח טוען שעשאו שליח בין לעוות בין לתקן כיון שאמר לו מה שנרא' לך עשה ע"כ ורמזו הר' מט"ם סי' קפ"ב הגה"ט אות מ"ו וכבר כתבו הראשונים ז"ל והטור סי' קכ"ב סעי' יו"ד דשליח שאמר לנתבע כל החוב מחול אם התנה עמו בין לתקן ובין לעוות וכ"ש אם פי' מחילתך כמחילתי יע"ש ופסקו מרן בש"ע שם סע"ה נמצא דהאי לישנא דבין לתקן ובין לעוות שמי בידיה דשליח למחול לו ללוה כל החוב ולא מחייבינן ליה לשליח' מדין מזיק מאחר דכבר פי' דבריו המשלח והרשהו על כך וכפי מה שהשמיענו הר' יכין ובועז ז"ל דהאי לישנא מה שנראה בעיניך עשה היינו בלישנא דבין לתקן כו' וא"כ כפי זה נימא נמי בנ"ד דהוי"ל כמי שאמרה ליה בין לתקן ובין לעוות ולא דמי לנדון מהרימ"ט ז"ל דלא פטר ליה מהאי טעמ' משום דהתם שאני כמי שפרט ואמר חוץ כו' מאחר דהמובן בסתמא דלארץ אחרת לא וכאמור הנה מלבד דהרואה יראה דהר' יכין ובועז ז"ל לאו על טעם זה בלבד סמך אלא על טעם אחריתי סמך דלא א"ל המשלח על סך ידוע וכבר כתב הרדב"ז סי' ע' הביא דבריו ה' כנה"ג בתשובותיו ובה"ב דכ"ב ע"א ובדכ"ה ע"ב דפוס' שכותב

ב' טענות אין לסמוך על טעם האחד לבדו דשמא לא כתב זה לעיקר אלא לסניף בעלמ' יע"ש עוד איכא טענתא רבה ועיקר דהאי לישנא דכל מה שיראה בעיניך עשה אין הכונה להשליטו על נכסיו שישליכם לאבו' בידים ואפי' לדברית הזיקא כנ"ד דכל השומע עובדא דנ"ד דהנחם המעות ביד ערלים בזמן מסוכן להם כנודע הנה זה עומד ומתמיה מי שמע כזאת ומי ראה כאלה והכי מתברר מתשו' מהרח"ש ח"א סי' ו' רמזו בס' מט"ם סי' קע"ו הגב"י אות ר"ל שנשאל על אלמנה שנתנה מעות לראובן שיתנם לריוח היום לכל מי שיראה בעיניו והיה נלוה לאחיו שהיה אמיד בנכסים והיום נפרע ממנו וחזר ומלוהו ובהמשך הזמן העני אחיו ונאבד המעות פטור ראובן דע"כ לא כתבו הפוסקי' ז"ל דכל עוות מחייבינן לשליח היינו דוקא היכא דמעיקרא הוא וכו' אבל הכא אחיו של ראובן היה היה אמיד בנכסים כידוע וכו' וכבר ראה בעיניו דאף בלא משכון ראוי להינתן להם יע"ש ואע"ג דנדון מהרח"ש בפי' אמרה לו האלמנה כל מה שיראה בעיניו יעשה אילו היה מעיקרא נולד הרעות' דלא היה אחיו אמיד הוה שפיר מחייב ליה ולא מהני האי לישנא לפוטרו כאלו אמר ליה בין לעוות ובין לתקן ולכאורה נאמר דפליג על תשו' הר' יכין ובועז ז"ל אבל הא ודאי בורכא היא הלא אמרא הר' יכין ובועז הגם דהרעותא כבר נולדה מעיקרא כנ"ד וכאמור הנלע"ד כתבתי

הצעיר **אליעזר די**

טופירו ס"ט

סימן קט

שאלה ראובן ושמעון שותפין בעסק משא ומתן של מכירה הרפואות מתוקנות בבנינן ובקומתן לזמן מה ונעדר ראובן ובאו יורשין של ראובן לתבוע וכותם מיד שמ' שותפו של המורים ושמ' מסר בידם של היורשין הרפואות שנמצאו בעין כפי חלקו הנוגע להם זיען שהיו וריסיאים והקפו' שהיו חייבים לאמצע השותפות טען שמ' שאינו רוצה לחלוק חוב כנגד חוב לגמרי לאחריותן ולטובתן שכל אחד מהם לפי הנוגע חלקו לכל שותף ושות' פן ואולי יתמצא פסידא והפסד לזמן גביית חובם ויתקלקלו החובות אלא מכל חוב וחוב כל מה שיגבה יקיים שמ' מצות נתינה לתת בידם של היורשין כל חלקם ע"פ פ"א לפי חלק הנוגע להם והיורשין טוענים שאינם רוצים אלא בחלוקה ויכופו ב"ד לשמעו' שיראו ליורשין מי ומי הנה הנם הלווים ויבא שכמ"ה

תשובה לכאורה נראה דאין בידינו כח וחוזק יד לכו' לשמעו' לחלוק חוב כנגד חוב ותהיה לאחריותו ולטובתו כל מה שנטל כל אחד מהם מאחר דמלתא כדנא פלוגתא דהרמב"ם והרא"ש היא הביאו הטור סי' קע"ו סכ"ה כו' דלדעת הרמב"ם חולקין כל מה שהוא בעין וכשיפרעו החובות יטול כל אחד חלקו ולדעת הרא"ש ז"ל יש לב"ד לשום כל השטרות כל שטר ושטר לפי שוויו לפי קירוב הזמן

ורי חוק

ודיחוק הזמן כו' ויחלקו בגורל כו' או בדינ' דגוד או אינוד ואם אחר שעשו ב"ד וחלקו נתקלקל חוב של א' מהם מזלו גרם ומ"מ מחמת חשש' או שמא יתקלקל אחד מהחובות אין לבטל החלוקה כו' ע"כ וכתב מרן ב"י וז"ל ומשמע דהרא"ש פליג אהרמב"ם ז"ל משום דלהרא"ש חולקין החובות מיד להרמב"ם אין חולקין החובות אלא לכשיפרעו יטול כל א' חלקו ע"כ והר' כנה"ג הגב"י אות קנ"ו כתב דחשו' הרשב"א דהבי' מרן ב"י מתו' י"ו והיא בח"ג סי' קל"ו חולק על הרא"ש דאין ב"ד חולקין חוב כנגד חוב לפי שהשטרות אין גופן ממון שנשום אותן ויש עשיר ואינו פורע מתוך אלמותו ויש מתרושש ופורע מתוך דחקו ועוד דשטרות מילי נינהו ואין שומא במילי ע"כ משם מ"כ וז"ל והר' לח"ר סי' קי"ח כתב וז"ל והרמב"ם נר' דמסכים לסב' הרשב"א דאין חלוקה בשטרי חובות כו' וא"כ הו"ל הרא"ש יחיד לגבייהו כו' איגר' כו' לכן אני אומר דהשטרות והחובות יהיו בשיתוף עד אשר יגבו אותם ואז יחלקו ההובות כדעת הרשב"א והרמב"ם ע"כ גם מדברי הרב כנה"ג שם מוכח דהכי ס"ל דמתחי' כתב דברי מרן בס' ב"ה וסיים אבל בס' הקלר כתב כסברת הרמב"ם והגיע עליו כו' ומ"ש הרב ב"ח כו' יר' דמטעם מנהג קא אמרי דאם למפסט כו' יעי"ש מפסט לשונו דפשיט ליה כסברת הרב למ"ר דהרמב"ם והרשב"א קיימי בשיטה אחת ומלי המוחזק לו' קי"ל אלא דאם שכנגדו מוחזק ס"ל להרב כנה"ג ז"ל דמצי המוחזק לומר קי"ל כהרא"ש ובעל הטורים ז"ל

ובפי זה מינה בנ"ד לכאורה דמצי ש' שהוא מוחזק שלא יחלוק חוב כנגד חוב וכדעת הרמב"ם והרשב"א האמנם ראיתי להרב מהרי"ב סימן י"ג דכתב וז"ל ואחר העיון כו' מהתנר' דבחוב ע"פ לא שייך ביה החלוקה כלל ואפי' חוב כנגד חוב דאין כאן ממשות כלל כו' דבשטרות תקנו מכירה ע"י כתיב' ומסירה וחוב ע"פ אין לו קניה כו' וזה ברור לע"ד באופן דכפי דעת מהרי"ו בתשו' ז"ל בנ"ד דליכא כאן חובות בשטר אלא כולהו על ידי כתיבת פנקס כנהוג לית דינ' ולית דיינ' לבא לידי חלוקת חוב כנגד חוב ברם שכנגדו בר פלוגתיה של הרב מהרי"ב הוא הסמ"ע שם סע"ק ב"ן דכתב דאין טעם לחלק בין חובות ע"פ להובות שבשטר דאין טעם לדבר דיש שומא לזה כמו לזה ע"כ והביא מחלוקת הלזו הר' מט"ש שם הגב"י אות קכ"ט ואף זה לא מכרעם דהא מצי שמ' המוחזו' לומ' קי"ל כדעת הרב מוהרי"ב ז"ל וכ"ש דאף אי פליגנא ליה על דעת מוהרי"ב ז"ל עדין נשאר לנו המחלוק' של הרמב"ם והרשב"א עם הרא"ש ז"ל וכאמור

אבל אחר העיון נראה דכ"פינן ליה לשמ' שיחלוק חוב כנגד חוב מאחר דכתוב בשטר השותפות דבזמן הפחד ישומו החובות והוירסיאים בהורדה יו"ד למאה ויחלוקו וכו' א"כ אין לאחר תנאי כלום ואף הרמב"ם והרשב"א ז"ל מודים וכן ראיתי להרב ב"ד ח"מ סי' ס"ה דאחר שהכריח לפסוק כדעת הרמב"ם הפך דעת הרא"ש ז"ל כתב וז"ל ואע"פ שכתוב בשטר השותפות שהתנו כשיגיע הזמן לחלוק יהיה החלוק בזה האופן וכו' הן שטרי חובות הן חובות של טיפטיר וכו' ושיה לנו לומר שכיון שהתנו כן אפי' הרמב"ם מודה בזה להרא"ש דחולקין וכו' יעי"ש אלא דיש לחקור ולומר דלא אהנייא תנאי זה ולכוף לשמ' שיחלוק חוב כנגד חוב אלא דוקא בבא זמן המוגבל שקבעו שניהם יחדיו להפריד השותפות ולחלק ביניהם כפי החלקים האמנם היכא דלא בא הזמן המוגבל אלא דנגו ומניה הופרד השיתוף ממילא כגוונא דנ"ד דמת אחד מן השותפין דלפום דינא נתבטלה השותפות ולא מחמת דעתם ורצונם אפשר דמצי לטעון שמ' כאמת דכך היה התנאי מעיקרא לחלוק חוב כנגד חוב לא היתה כונתינו אלא בבא זמן המוגבל ולא עלה על לבנו פרידת השיתוף ולצות הזמן דבשלמא בגמר זמן המוגבל אורח כל ארעא הוא דמקודם גמר הזמן שלש חדשים מר"מ כל שותף ושותף ידו אוחזת שלא ליטא וליתן כאשר היתה באומנה שעל ידי זה יש זמן לאסוף ולקבץ ההקפות והוירסיאים שיש להם ביד אחרים דעל ידי זה בבא זמן המוגבל פרידת השותפות רובן ככולם של החובות והוירסיאיש הנה הנם תחת ידם של השותפ' דלא די דאינן מקיפי' מחדש ממש אלא דגובים מה שיש להם ביד אחרים ברם יומא כי האידנא דרוב ממון של השותפות איתיה באחראי לא נחלוק חוב כנגד הוב לאחריותנו ולטובתינו דדילמא פן ואולי יתקלקלו ההובו' אלא מכל חוב וחוב שיבא לידיה גבייה יתחלק החוב לפי החלקים שקבענו בינינו ע"כ נמצא ואע"ד

סימן קט

שאלה ראובן שלקח מגוי אחד בגדים בזול מחמת שהגוי המוכר גנבם מערל אחד ובא ראובן ומכרם לשמ' והודה לו שהם גנובים והזהר שלא למכרם לאחר אלא אחר ב' חדשים ויהיה המכירה בהמתנא ובא שמ' הלוקח ומכרם ללוי בזול ע"מ שלא ימכרם לו אלא לעיר אחרת בהתנ' דוקא ולוי לא היו לוי מעות דמי המכירה כולן מזומנים ונתן לשמ' מקצת מעות והיה הנשאר מכר לו סחורה אחרת ערך פ' ע"מ שישוה הסחורה על ערך שקבעו ביניהם וגעל שמ' הסחורה למוכרה ולא היה שוה אלא למחצית הערך שקבעו ביניהם ותכף ומיד בא שמ' והחזיר הסחורה ללוי בטענה למה רמיתני אלא טול מעותיך והחזר לי הבגדי' שמכרתי לך ולוי השיב אמריו דהבגדים אינן בידו שכבר מכרתיו לאחרים וכבר הלכו הלוקחים לעיר אחרת ואינן בקושטא עירינו יעי"ז וכשמוע שמ' דברי לוי שכבר מכר הבגדים לעיר אחרת נחרכת במקח הנו' אבל האמת היה דהבל יפלה פיו של לוי דעדין לא מכרם כלל והנה

והנה הנס ברצונו ואחר ימים בקש למכור אותם לאחר בסחורה כדי שיוליכם לעיר אחרת והאלהים יבקש את נרדף ואינם ה' דהלוקח שלו דבקש לקנות היה היה קרוב לנגזל ונודע הדבר לבעלים ובאו לחנותו של לוי ולקחו את הבגדים בלא כסף ובלא מחיר ותפסו הואבי"ט את ראובן ואת שמעון ואת לוי שלשתן כאחד ולוי הציל את עצמו בטענה שהוא לקחם מיד שמעון וגם שמעון הציל את עצמו בטענ' שהוא לקחם מיד ר' ואת ר' הכניסו אותו בבית הסוהר כדי שיודה אם הוא גנבם ואח"ך ע"י חיפוש מצאו את הגוי הגנב ור' הוכרח לשלם לש' דמי המקנה בפני הואבי"ט ואח"ך באו ר' וש' לדון שתובע ר' משמעון שיחזיר לו הדמים שנטל בפני הואבי"ט מאחר דכבר פירש לו בשעת המקח שהם גנובים אשר מטעם זה מכרם לו בזול והזהיר לו שלא ימכרם אלא לאחר שני חדשים ובהמתנה והוא לא המתין אלא מכרם אחר ימים או עשור ושמעון מכחישו דהוא כבר קיים הב' תנאים בכל מכל כל ועתה שאל שואל מה דינו ושכמ"ה

תשובה הנני משיב כחותה על הגחלים כמו שנודע לכל באי שער עירנו קושטא יע"א המשא כבד עול לבור המוטל עלינו ואין יום שאין ברכתו מרובה מחבירו ועמא קדישא נילבים מן הבקר ועד מעלי שמש'עד ועד בכלל וזה החלי דהנה לפו'ריהטא בהאי ליסנא דניט'בשפתיו המוכר בשעת המקח ללוקח להודיע לו שהם גנובים איכא לאסתפו' אי כונתו של מוכר הוא דהוא ניהו נסתלק מאחריות הגניבה וע"ד זה מוכר או אם נאמר דכונ'המוכר הוא להודיע ללוקח שלא ימכרם לאחריני אם לא בהמתנא וכמו שמורה סיום דבריו אבל לא על' ע"ד להטיל על הלוקח כל האחריות בהגלות נגלות הגנבה ולפום ריהטא מש' דכל היכא דאיכ' לצדד ולומר ולפרש הלשון כפשוטו אין אנו כוללים כל מיני האחריות דאיתיה בעולם וע'במ"ש הטור סי' סע"ג בשם הרמ"ה סו' סע"א ובתשו'מיימו' דס' משפטים סי' י"א והביא דבריו הסמ"ע סי' ה"ה סע"ק ו' ודוק ולא תקשה מההיא דר"פ חזקת דמ"ד ע"ב במחלוקת רב פפא ור' זביד במוכר שדה לחבירו שלא באחריות כו' ונמצאת שאינה שלו דר"פ ס"ל דאף דפירש המוכר בשע'המכר דשלא באחריות מוכר לו מ"מ בגזולה חוזר עליו דכל היכא דאיכא לפרושי הלשון לזכות הלוקח ולו' שלא בהאחריות דקאמר המוכר היינו אחריות ב"ח אבל אחריות דגניבה דהוא אחריות אחריתי לא קביל דלא שדי איניש זוזי בכדי אמרי' ור' זביד ס"ל דאף אחריות דגניבה נמי קביל עליה וקיי"ל כר' זביד כפי מה שפסקו הפוס'ז"ל באופן דאףדאפשר שלא לכלול בל' אחריו'אמרי'דכונת המוכר כך הוא ואדעת' דהכי מכר ואזלינן בתר דעתיה דמוכר ולא בתר דעתיה דלוקח וא"כ מינה לנ"ד דאזלינן בתר דעתיה דמוכר דלהכי פירש לו בשעת המקח שהבגדים הם גנובים כדי שהלוקח יעלה ע"ד דמסתמא דעת בעלים לאהדורי אחר הגניבה ולא שביק איניש מידי דחביב עליה דהא לא מכרעה לטעמיה דרב זביד הוא דאי אחריות דגנבה לא קביל עליה אלא אחריות דב"ח דוקא א"כ למאי אצטריך ליה המוכר לומר לשון כולל וכמ"ש הרמ"ה ז"ל שם בפ' חזקת סי' קנ"ו וז"ל דטעמי' דרב זביד כו' להכי זביני לך שלא באחריות דאפי' נמצאת שדה שאינה שלי לא תהא חוזר כו' דטעמא דמילתא משום דמוכר גלי אדעתיה כו' יע"ש וכל זה הוא דוקא היכא דקא נחית לגלות דעתי' דשלא באחריות קא זבין ליה . גרס היכא דלא נחית לתנאי דשלא באחריו' ובין כגוונא דנ"ד דאיכא לפרושי ולמימר דההודעה הצטריכה ליה למוכר שלא יבא לו היזק גדול ע"י שמוכרם הלוקח בפרסוםאחר דלא קדמה ליה ידיעה ולא ידע להזהר

והיה אפשר להביא ראיה לנ"ד דהך ידיעה דהודיעו לו למוכר ללוקח שהוא גנוב לא מכרעה לחיוביה ליה ללוקח בכל ההפסד דהא אמרי' בפ"ק דמציאה דט"ו ע"ב הכיר בה הלוקח שאינה שלו ולקחה רב אמר מעות יש לו לחוזרין דמי שמקח ללוקח לכשיוציאנה הנגזל מתחת ידו ושמואל אמר מעות אינן חוזרין ואמרו שם בגמר' דסליק אדעתיה הלוקח אנא איזות לארעא ואיכול בגויה כי היכי דהוה קא עביד איהו לכי אתי מריה דארע' וזוזי להוי פקדון ופסקו בגמר' דמעות חוזרין הרי בהדיא דמטע' דחזקה לא שדי אינש זוזי על מגנאמרי' דהגם דקדמה ליה ללוקח ידיעה ברורה דהמוכר מוכר דבר שאינו שלו וגנוב הוא אפ"ה עכ"ז קא יהיב דמי ליעולם בדעתו שמא לא יבא בעל הנגזל דדילמא מייאש ומינה לנ"ד דהך הודעה הוי כהכיר בה שאינו שלו ומעות חוזרין ומאי דאמרי' בפ' חזקת דאף בגזולה אינו חוזר עליו היינו מאחר דאיכא גילוי דעת למפרש דשלא באחריות מוכר לו

אלא מאי דאיכא לצדודי לפום ריהטא מאחר דכבר הגנוב הוא מום וכמ"ש המרדכי והוא בת'מהר"ם הארוכו'סי'ל"ה ופסקו מור"ם סי' רכ"ד וא"כ מאחר דשמ' ידע במום ועכ"ז ירד לקנות א"כ הרי ידע ומחיל ומאי הורה שייך בזה ולאו כל כמיניה דשמ' לטעון דאף דקדמה לו ידיעה סמך דשמא לא יתגלה הגנבה לבעליה וא"כ עליה דידיה רמיא הפסידה האמנם סוגייא דהכיר בה שאינה שלו אלא דגנוב הוא בידו של מוכר ועכ"ז אמרי' דמעות חוזרין ולא אמרי' הרי ידע במום ומחל אלא אמרי' מכח חזקה דלא שדי אניש זוזי בכדי דיינינן דעתיה דלוקח דלא מחיל מידי

ואגב אורחין יש לעמוד במה ששמעתי מקשין מפי חד צורבא מרבנן כרע כאת לי סוגיא הלזו במש"כ הרא"ש פ'האיש מקדש ד' נ"ו על מתני' המכרן וקדש בדמיהן דמקודשת דהקשה שם הרא"ש מאחר דהוי זוזי לאו דידי'דמוכר ניגהו דצריך להחזיר הדמים כיון שמכר לו איסורי הנאה ותירץ שם הרא"ש ז"ל דמיירי כשמכרו לגוי או לישראל והכיר בהו דהוו מעות מתנה יע"ש ולכאורה דבריו ל"ת מאחר דכבר מסקינן בגמ' דהמעות חוזרין והשבתי לו דרב המרחק דהרא"ש לא קאמר אלא במלתא דלא הוי כלום דהיינו איסורי הנא'ועל זה נותן דמים אמרי' דכונתו למתנה

דהא

דהא אין הדעת סובלתו וכך היא המדה דבמידי דאין הדעת סובלת מתנה היא נרם סוגייא דתלמודא דהכיר בה הרי הוא נהנה באכילת פירות השדה ודעתיה דלוקח הוא אנא איחות לארעא ואיכול בגוים כו' וכמו שאמרו בגמ' והוא הדין ותוא הטעם שיכא דהוי כלי שעושם פירות איכא

למימר האי טעמ' דסבר ואסיק אדעתיה אנא נמשאי עושה מלאכה השייךלכלי כי היכי דסוה עבי'המוכר בגם דבגוזל בא לידו סוף הא הוה קא מתהנה מיניה דבשתי אופנים הללו לפי האמת שייך לומר דחוקה לא שדי זוזי אגיש בכדי וככי הוה דעתים ומשום הכי מסקינן בגמר' דמעות הוורין ולא מתנה

ועל פי זה א"ש תשו' מהרשד"ם ח"מ סי' קכ"ג דנשאל שם וז"ל על מי שמכר עורות שהיו לו בספינה שבא השמועה שנשברה הספינה אבל אמרו שהסחורה כולם או רובה הוציאו מתוך הים והתנו בניהם בין שיבואו רובם או מקלת וכו' הכל אחריו' על הלוקח ואח"כ נתברר שהספינה כבר נשברה מ' יום קודם המכירה ונאבד כל הסחורה וכו'ואם יכול הלוקח נתנוע מעותיו משום מק"ט כו' והשיב שהדין עם הלוקח כיון דנתבר'בעדים דבשע'המקח לא היו עורו' בעולם וראיה מדין מ"ג כו' ואין תקנה לתתקיים דבר זה אלא כשידע הלוקח דהעורו'נטבעו בים ואפי' הכי סבר ויהיב וכמ"ש הר"ם דאם ידע לוי שהוא עני או אינו יכול לחזור בו ע"כ סא קמן דהיכא דהלוקח כבר קדמה ליה ידיעה בשעת מהן מעות דהסחורה כבר אבודם מכל וכל דהמעות אינן הוורין ומעות מתנה דסבר וקביל דעל איזה סמךעשה מקחו והשתא דאתית להכי דטעמא דתלמודא דמעות הוורין אינו משום דאסיק אדעתיה הלוקח דשמא יתישן הדבר ולא יתגלה בעולם אלא טעמיה הוא משום דסו"ס קא מתהני לוקח עד שיבא הנגזל ליטול שדהו האמנם כל שלא נתגנה הדבר הלוקח מתהני ממקחו דאוכל פירות השדה ומשוכשעם בדוקא כוא דאמרו דמעות חוורין והו דק' ל' הרא"ש סי' ט"ל בסוגיין ע"ד הרז"ה ז"ל וז"ל ולא מסתבר לי כו' ולא נתכוון לעולם לשם מכר אלא לאכול כי היכי וכו' הביא דבריו הטור סי' שע"ג ודוק וא"כ לפום מאי דכתיבנא אין ראיה לנ"ל ולומר דהוקה לא שדי אנים זוזי בכדי ואסיק אדעתיה דלא יתגלה הדבר דומיא דהכיר בה וכו' דהאי טעמא לא אמרוה בתלמודא

ועל מאי דדייקינן הכיר בה אי גרע מידיעה כמומין דאיתיה במחילה וליתיה בחורה שמעתי מתרצין לזה דע"כ לא אמרו בגמ' אלא משום דכיון דקרקע אינה נגזלת והארץ לעולםעומד' ברשות' דמעיקרא ומשתמא לאו ע"ד מקח קא נחית אלא ודאי ע"ד אכילת פירות קא נחית דלא אפשר לנגזל שלא יבא ליטול שדהו ואם עדין לא בא מ"מ דעתיה עילויה וא"כ הלוקח אדעתא דפירות קא נחית ולא אדעתא דארעא . וא"כ לא שייך מחילה במומין בנקחו שלקח שלא עלה ע"ד לעשות משא ומתן בקניית קרקע אלא דוקא במה שמוליא הקרקע באופן דאין ראיה מסוגייא דהכיר בה דמעות חורין לנדון דידן

אבל מתשו' הר' המבי"ט ח"ב סי' קכ"ו רמוה בכנה"ג ח"ב סי'רל"ב הגה"ט או'מ'ד מתברר שאלתינו לפום ריהטא והוא דהרב נשאל דוגמה דנ"ל באופן שמכר תשי לשמ' ולו' ואח"ך נודע ללוקח כי התשי היה גנוב ובא לחזור והמוכר טען הלא אתה היית יודע שהוא גנוב ועכ"ו סברת וקבילת ולו' והשיב הר' ז"ל וז"ל ואם היה הגנבה של המשי מפורסם בעיר ושיתה באופן שלא יוכל הקונה למוכרה בגלוי לו' הוא מום ויוכל לחזור בו אם לא ידע שהיתה גנוב ואם יטעון המוכר שידע הקונה שהיתה גנובה וגם שקנאה בזול יתר ממשי אחרת והקונה יכחיש ישבע המוכר כיון שהקונה בא להוציא מידו ע"כ הנה מפורש להדיא לכאורה דבנ"ד דליכא הכחשה בין המוכר והלוקח דכבר הודע לו שהם גנובים א"כ כבר ידע המוכר וסבר וקביל ואין להתעקש ולומר דאין כונתו של מוכר אלא למה שאמר לו שיוהר שלא למוכרם לאחריני אלא לאחר ב' חדשים ובהכנא דוקא אבל לא בא המוכר לומר להודעת המו' וימחול הלוקח המום דהא לא מכרעא דמאחר דהלוקח שומע מפי המוכר המום הו"ל לאתנויי עם המוכר מאי כונתו דכיון דמספט לשונו דבמום הוא המכירה שהוא מוכר וע"ו סבר וקביל

אלא דיש לדקדק אגב אורחין ע"ד הרב המבי"ט ז"ל במה שסיים ואם יטעון המוכר שידע הקונה שהיתה גזולה והקונה יכחיש ישבע דמוכר כיון שהקונה בא להוציא מידו ע"כ דהא כתבו הראשונים ז"ל בהסיא דהכיר בה דאם יטעון המוכר שהלוקח ידע שהיתה גזולה ואין לו ליטול שבח והלוקח טוען שלא ידע שעל המוכר להביא ראיה הובאו דבריהם סי' שע"ג בטור ועי"ש במרן ב"י ובהרב ב"ח ומרןבמ"ע שם וכתבו שם הטעם דכיוןדחזקה אלימתא הוא דלא שדי זוזי אנים בכדי וראי דלא ידע ומפקינן מיניה דמוכר יע"ש הרי בהדיא דהיכא דאיכא הכחשה ביניהם בין המוכר והלוקח במילתא כדנא הלוקח הוא נאמן ואין לומר דשאני נדון הרב המבי"ט ז"ל דאיכא רגלים לדבר שקנאה בזול יותר ממשי אחרת וכמ"ש הרב ז"ל דלא משמ' הכי מפשט לשונו אבל אמיתות דבריו שוא דהרב ז"ל קאי על מש"כ דהמשי הבוא שקנה הלוק'היה היה מפורסמת בעיר וכו' וסובר הרב ז"ל דע"כ לא כתבו הראשונים ז"ל דמפקינן ממונא אפומא דלוקח בטענה דלא קדמה לו ידיעה היינו דוקא היכא דליכא פרסום בעיר אז אמריית חזקה דלא שדי זוזי להוציא מיד המוכר האומנם היכא דנתפרסם גניבת דבר המכור וטוען המוכר שידע הקונה לא מפקינן מיניה דמוכר

הכלל העולה לעיקר שאלתינו דהגם דריהטא דדינא הוא דהדין עם המוכר ולא משגחינן בדברי הלוקח שטוען דלא עלה ע"ד למחול מום כזה ולא הבין דברי המוכר אלא להודעת האזהרה מ"מ עלה על דעתינו לעשות פשר דבר הנלע"ד

כתבתי

הצעיר **אליעזר**

די טולידו ס"ט

סימן ק'

שאלה ראובן שאמר לש' טול מעות אלו בידך בסתם ולא פירש לו על דעת שישמרם בידו והלך ראובן המפקיד למקום אחר וחזר ובא אליו תכף ומיד ודרש ראובן מעותיו מיד ש' ויהי כמשיב הנחתים בחנות שמה במקום שהיינו יושבים ויען ר' ואמר כיון דהמקו' היה מקום שאינו משתמר היטב בעיני אלהים ואדם להניח שם ממון של ישראל והשיב ש' וכי מעותיך נתחייבתי לשומרם אלו הם טענותיהם

תשובה והנה היה נר' לו' בנ"ד דהגם דקי"ל דבעינן שיקבל עליו השומר לשמור בהדיא אבל בסתם לא כבר כתב הרא"ש ז"ל בתשובת המנעלים ופסקוה הטור ומרן סי' רצ"א דכל זמן דהשמירה אינה תלויה אלא ביד הנפקד דין שומר יש לו וכבר הרב מהרימ"ט ח"מ סי' קי"ו החזיק בסברת זו של הרא"ש דכל זמן דאם לא ישמרם הנפקד ליכא אינש אחרינא דנטר ליה מיחייב הנפקד לשמרו הגם דלא קבל עליו שמירה בפי' וא"כ בנ"ד נמי אף דהניחם המפקיד בידו של שמעון בסתם ולא פירש לו כלום כיון דקבלם שמעון ור' הלך לו ממקו' הנו' א"כ הרי לית ליה לאותו ממון מאן ישמרנו אלא שמעו' דבידו ורשותו מונחי' המעות ובידו לשמרם וליכא למי' דע"כ לא כתבו הרא"ש ודעמיה אלא דוק' היכא דהנפקד אזל ליה ממקום המפקיד דנשאר הממון בידו של נפקד דהתם שייך אם לא ישמרם הנפקד מי ישמרם אמנם בנ"ד דהנפקד לא זז ממקומו אף דנשאר הממון בידו מ"מ כיון דמלי בידיה של מפקיד למינטר ליה כמו ש' הנפקד נמצא דליכא טעמ' דאם לא ישמרם הוא כו' הא לית' דהא כיון דכל מגמתו של מפקיד הוא להניח מעותיו בידו של א' ולילך לשוק ולחזור לו לפי שעה לחנות נמצא דלאותם שעה מיהא דעתו ורצונו של ראובן להפקידם בידו של ש' ויתן עיניו בהם להשגיח א"כ הו"ל כהביא דהרא"ש ז"ל דאם לא ישמרם הנפקד מי ישמרם

אמנם נראה דלא דמי נ"ד לתשו' הרא"ש ז"ל דנדונו של הרא"ש היה דהמפקיד מיהא אמר ליה לנפקד טול לך מנעלים אלו עמך דכיון דאמר ליה שתוליכם לארץ מרחקים אדעתא דמנטר קאמר ליה ומוכיח הדבר דלשמירה קא מכוין וכמו שהכתו' לקמן ועוד דהרי אמרו במכילת' פ' משפטי' כי יתן איש אל רעהו כו' לשמור אמר ר' ישמעאל אין השומר חייב לשמור עד שיאמר שילך ושמור לי אבל אם א"ל תן עיניך בו פטור ע"כ וכ"כ הרמב"ן במלחמות ס"פ החובל וז"ל דאפי' נתן לו ולא אמר לו שמור לי תפוס כלי זה וכיוצא בלשון הזה פטור מדין שומר דאין השומר לעולם חייב עד שיאמר לו שמור או בענין שהוא משמע לשון שמירה אבל מפקיד סתם ודאי פטור והיאך יתחייב והלא לא אמר ליה שמור והא מרגלא היא בפומא דרבנן בגמ' דשמור לי קאמר ותני בהדיא במכילת' כו' עכ"ד הרי למדנו מדברי המכילת' ופסקו הרמב"ן דבעינן שיוציא המפקי' בפיו ובשפתיו לשון שמירה או לישנ' דמשתמע לשון שמירה וזולת זה לא מהני ואין דין שומר עליו

ואיברא דלכאור' איכא למידק מהביא דפ' קמא דקידושין די"ב ע"ב בהביא עובדא דקדיש בליפתא דאסא כו' דאמר רבא דכל שתיקות' דאחר מ"מ לאו כלום ופי' רש"י שם שמתחי' כשקבלה והמעות היו בתוכה לא ידעה בהן וכשידעה כו' ושתקה הוי לאחר מ"מ כו' יע"ש מוכיח מדברי רש"י הללו דאי ידעה בהן שהיו בתוך הליפתא מעות הגם דלא רצה הבעל לקדשה אלא בלפת' והיא נמי אדבור' דידיה סמכ' דהני ד' זוזי לאו לקדושין ניתנו לה מ"מ דין פקדון יש להן וע"כ לא מקשו בפום נהרא מי דמי כו' הכא בתורת קידושין יהבינהו ניהליה כו' דאי לא ניחא' תהדרינהו דהא לא נתחייבה בשמירה היינו משום דהטעם דלא נתחיי' בשמירתה היינו מטעם דלא ידעה בהן מעיקר' ומש"ה קא מקשו בה על רבא ואיברא דהוה מצינן למידחי במ"ש הרשב"א שם שהקשה' דקי"ל משו' ליפתא גופא וכדשמואל דדילמא ש"פ במדי ותירץ דבעובד' דליפתא מעיקר' לקדושי בלפת' ובד' זוזי דאית ביה מסתמ' אכונכו' אלא דאיהי לא ידעה להו ולא נתכונה יע"ש

וראיתי להרב המבי"ט ח"א סי' רל"א דנשאל על מי שנתן ביד אשה דבר מה בסתם ושוב א"ל תהוי לי מקודשת כו' וכתב וז"ל ונר' ליה דאפי' לדעת הרי"ף והרא"ש כו' בנ"ד הוי כפקדון דאע"ג דמי שהניח בבית חבירו שום דבר ולא אמר ליה ולא מידי לא הוי שומר עליה ואפי' הנה סתם כו' היכא דנתן בידה כי הכא אפשר דהוי שומר אע"ג דלא אמר מידי ואפי' תימא דלא הוי שומר עליה היינו דלא מחייב בשמיר' אי נגנבה מידה כו' כיון דלא קבלה עליה שמירה אבל אי שדתינהו מידה ואבדה נראה דמחייב בהו דהוי כמזיק בידים יע"ש ושמעינן מדברי הר' המבי"ט תרתי חדא דמפשט פשיטא להו דלא בעינן שיאמר לו המפקיד שמור או לישנ' דמשתמע שמירה דהא נדון הרב היה דבשעת שמנה המעות א' ב' כו' לא אמר לה מידי דשמירה כלל אלא דספוקי מספק' ליה להרב בנפקד גופיה דבעי' שיקבל שמירה בפי' עילויה אבל בסתם לא אי הוי דוקא היכא דלא מטי לידי' ממש אמנם היכא דמטי לידיה ממש אף בסתמ' נעשה שומר עליו וא"כ נמצא דדבריו הם הפך דברי המכיל' והרמב"ן שכתב דתפוס כלי זה אין דין שומר כלל עליו ועוד למדנו מדברי הרב המבי"ט ז"ל שהללו דהגם דלית ליה דין שומר על הנפקד מ"מ מדין מזיק חייב וא"כ בנ"ד נמי אף דנאמר דלא דמי' להביא דהרא"ש ובעינן שיאמר לו המפקיד שמור אבל בסתם לא מ"מ מדין מאבד בידים חייב דהא שהוציאם מידם והניחם במקום שיד כל אדם שולטת בו דאין המקום משתמר כלל ואין לך מאבד גדול מזה והנה שדברי הרב המבי"ט הללו לכאורה אינם מובנים דס"ל דאף דלית ליה דין שומר מחייב מדין מזיק אי השליכם ונאבדה דא"כ מאי פריך בגמ' מי דמי כו' הכא בתורת קדושין יהבינהו ניהליה אם איתא דלא ניחא לה

לה תשלינהו מטעם דלא נתחייבה בשמירתה מ"מ נהי דלא מחייבינן לה מדין שומר מדין מזיק בידים מיהא חייבת דאי שלחינהו מידה ונשברו או נאבדו חייבת ואם כדברי הרב ז"ל הו"ל לרב האחי לאתויי עדיפ' מינה דלפום דינ' טפי הוי וגמריה דינ' כהלכת גוברין והשת' דאתינן להכי אין לה בידינו לחייבו לשמעון מדין מזיק כיון דלדברי הרב המבי"ט להורה אינם מוכנים אמנם אחר העיון נר' מדברי הרב ז"ל לא דמיין עם הבוא עובד' דליפת' דע"כ לא אמרה הרב ז"ל האי סברה אלא כעין נדון הרב דמעיקר' בתורת פקדון באו לידה לפי סברתו של הרב דלא בעינן שיאמר לו שמור א"כ נמצ' בהנחתה בידה לא קא מגרעה כחה מנאמר דהא מתקדשת אם אינן זורקן הא לאחר מ"מכום ומאי איכפת לה אם הם מונחים בידה ואינה זורקן אלא ודאי להווקה קא מתכוונה בזריקתה ברם נהבו' עובד' דליפת' דבחירת קדושין באו לידה אם אית' דדעת' היא שלא להתקדשה לו השליכהו מידה דהא להניחה דידה קא מתכונה ולא לאבד ולא מחייבה מדין מזיק כיון דבעודם מונחים בידה קא מגרעה כחה דאנן אמדינן דעתה ברוצה להתקדש מדלא שלתינהו ושתקה וא"כ כיון דלדברי הרב המבי"ט ז"ל ברירין הן הורנו למ"ם למעלה דאיכא לחיוביה בנ"ד לפ' מדין מזיק כיון שרשות כל אדם לעיולי שם כולי עלמ' ידעי דאבדה מדעת קרינן ליה

ועל האי דינ' דמכילת' דבעינן שיאמר לו המפקיד שמור אבל בסתם לא ראיתי להרב מה"א ה' שומרים סימן א' דהבי' דברי המכילת' ודברי התוס' דפרק החובל והרמב"ן ז"ל וכתב למודי הרמב"ן דהיכ' דמוכח' מילת' דלשמירה נתכוון אף דלא הוכיר לשון שמירה כגון דאמר לו תפוס כלי זה בידך עד שאבא ממקו' פ' הרי זה כאלו א"ל שמור כו' ומ"ש הרמב"ן ז"ל דאי א"ל תפוס כלי זה בידך דלא נעשה שומר היינו בדלא אמר ליה אלא לשון זה בלחוד דהב"ג אין משמעו' לשמירה אלא תפוס ותיד אני חוזר ולוקחו מידך קא' ומה שמסרו בידו לא היה אלא כדי להסתכל במקו' אחר שהיה צריך ולא להניחו בידו לשמור ע"כ וכפי דברי הרב מה"א הללו בנ"ד נמי ליכ' הוכח' דהא לא א"ל אלא תפוס כיס מעות אלו בידך ותכף ומיד חוזר אליו אין דין שומר עליו אלא דכבר כתבנו דמדין מזיק חייב כפי פסקו של הרב המבי"ט ז"ל וכעת לא מצינו מאן פליג עליה ולמה שהקשיתי לעי' להרב המבי"ט מדברי המכילת' והרמב"ן יש מי שרצה לתרץ ולומר דס"ל להמבי"ט ז"ל דע"כ לא אמרם הרמב"ן ז"ל דתפוס כו' דאינו שומר אלא היכ' דהיינו נותנו המפקיד בידו של נפקד אמנם היכ' דמסרים בידיה של נפקד מוכח' מילת' דלשמירה קא מכוין ולא בעינן שיאמר המפקיד שמור אלא דבנפקד גופיה דבאין אנו לחייבו מטעם דנעשה שומר התם נסתפק המבי"ט היכ' דבא לידו של נפקד אי הוי בבא שתם ודלא כהרב מה"א ז"ל

דהבין דאפי' היכ' דמוסרו בידו לא הוי שומר עד שיאמר לישנ' דמוכח' דלשמירה קא מכוין

ואני נומתי לו דמלבד דליכא למימר הכי דאי ה"המבי"ט סליק אדעתיה שמכילתא ולישנא דהרמב"ן לא הוה קא מוקים הנפשי' לעלות' על שפתיו ולחלק ולומר מסירת בידו שאני וולת זה יש להוכיח מדברי התוס' כנז' המכילתא מיירי אף למסריה בידיה דהקשו דמנא ליה לתלמודא דדרשה דלשמור ולא לקרוע מיירי היכא דאבדו בידים דילמא לפוטרו מפסיעה ותירצו דאי קרא איירי לפוטרו מפסיעה מאי איריא דא"ל לקרוע כו' ת"ל כיון דלא א"ל שמור פטור כדדריש במכילתא כו' יעו"ש ואם איתא דהמכילת' לא מיירי במסר בידו א"כ הקושיה במקומה עומדת דאצטריך קרא לשמור ולא לקרוע לפוטרו מפסיעה אף דמסריה בידיה דאי מטעם דלא א"ל שמור הוה חייב אלא ודאי דהמכילתא בכל גוונא מיירי דבעינן שמור וכמו שהבין הרב מה"א ז"ל

ואחר החיפוש ראיתי להרב המבי"ט שם פי' שמ"א רמזו הרב כנ"הג סי' רנ"א הגה"ט אות כ"ט דנשאל על ר' ששלח ממדינתו לש' הדר במדינה אחרת קצת סחורות ולא הזכיר לו בתורת פקדון כלל ואחר שקבלם ש' נגנבו מביתו של שמעון וטען שמעון כיון דלא הזכיר לו בתורת פקדון לא נוכר בשמירתם והשיב הרב דדין ש"ה יש לו לש' אף דלא הזכיר לו תורת פקדון כיון דנכנס בידו נתחייב בשמירתו דגר' דלא דוקא שיאמר לשון שמירה דאפי' אמר תקח זה או תניח או הוליכו זה בביתך ולקחו חייב דהא מולא אבידה לא אמרו הבעלים דבר וכיון דמסך האבדה נתחייב בשמירתה דמשמע דדבר שלוקח אדם לרשותו הוי שומר עליו כיון דנסתלקה שמירת בעליו ממנה דלוק' הכא כו' אבל כל המושך חפץ או מקבלו לרשותו אפילו לא אמרו הבעלים לדבר נתחייב הוא בשמירה שהרי הבעלים אינן שומעים אותו כו' ע"כ הנה למדנו הרב ופשיט' ליה דמי שנותן לחבירו דבר מה בידו וכלא קבלו ותפסו בידו חל עליו דין שמירה אף דלא אמר לו שום לישנ' דמשתמע שמיר' ומאי דמספ"ל להרב בסי' רנ"א הכא פשיט"ל ואף דבתשו' הלזו הרחיב הענין דכל שמושך החפץ לרשותו מוכח' מלת' דשמור קאמר ליה דהא כבר נסתלקה שמירת בעליו ממנו מעין מ"ש הרב מה"א לדברי הרמב"ן ז"ל מ"מ עדין לא יצאנו שדבריו הם הפך התוספת' דהא התוס' במשך קאי למקלת רבוות' דקים להו דאין השומר חייב בשמירת אלא במושך החפץ לרשותו דוק' כנלע"ד

הצעיר **אליעזר די טולידו** ס"ט

השאלה לא נמצא

והנה אלו ספקות שיש להסתפק במתנה הלזו האמורה בהאי ליסנא דכתוב בשטר. בא הר' פ' ונאוויכה והקנה מעכשיו מחצית כל נכסיו די אחות כל שמיא לב' בניו אותו המחצית הנק' כו' נחלה גופא ופירי מעכ' ואחריהם בזרעם כו' והוא ע"מ כן וכו' לבל יהיו יד נשותיהם שולטת בנכסי המתנה להפרע מהם כתובה ומזונות דהרי כל מה שישאירו אחריהם המקבלים מנכסי המתנה הרי הכל הוא מתנה מעכ' לזרעם וכו' והודה הנותן כו' איך זכו במתנה כו' בכל מין ומין מנכסי המתנה בקניינו הראוי לאותו המין עפ"י הוראת הכם נקי בסדר ודיני קניינים כו' ע"כ דלכאורה משמע דלא חלה מתנ' הלזו מפני דאינה מסויימת וכסברת כמה של הראשונים ז"ל שכתבו דמי שאמר לחברו כל נכסי נתונים לך חוץ ממקצתן הואיל ולא שיים הדבר שנתן לו ואינו ידוע לא קנה כלום ואינו יכול לומר הן לי כחות שנכנסים עד שישיים לו המקום שנתן לו וטעמ' משום דמצי לדהויי למקבל לא זה הוא שנתכוונתי לזכות לך וכו' לא קנה יע"ש ומעתה גם במתנה דנ"ד דהקנה לב' בניו מחצית מכל נכסיו דאית ליה לנותן תחת השמים כיון דמצי הנותן לדהויי בכל מיני המתנ' הן בקרקעות והן בכל מטלטלי והן במטבעות וכו' ומצי הנותן נו' קי"ל

והגם דכתוב בשטרא דנא וברר דבריו הנותן במתנתו שנתן מעכ' רשות גמור לבניו שיבררו לעצמם אשר יוכשר בעיניהם מהנכסים הנו' להשלים להם המתנה הנו' שהיא מחצית מכל נכסיו ואינם לא ימחא בידיהון ולא ביד ב"כ לעולם ע"כ ומשמ' דבא לתקן הענין כדי שלא יהיה ביטול המתנה משום דבר שאינו מסויים לזה בא שנתן למקבליה רשות מעכ' שיבררו כו' גם בזה אינה תועלת דהא מוכח מהאי ליסנא שיבררו דעדין לא בררו ובעת זמן של המתנה לא סיים למקבלי המתנה וכוחם של מחצית אלא בעת מן העתיד דבאים המקבלי מתנה להפרע ולברר חלקם ולהשלים מחצית וכוחם הרשות בידם לברר וכו' ולכן כתיב להשלים להם המתנה כו' וכן מוכח מהאי ליסנא ואינם לא ימחא ביד ב"כ ולומר כשבאים ב"כ של המקבלי מתנה לברר ולהשלים חלקם של מחצית הנו' הרי זה הוכחה גמורה דבשע' המתנה מחצית הנו' לא סיים הנותן מה הוא המחצית אשר נתן לב' בניו וכיון דכן לכאורה מגן שיא מתנה דנא דמצי הנותן לומר קי"ל כמ"ד דלא חלה המתנה

ואם נאמר דיש לפרש האי ליסנא דיבררו לעצמם אשר יוכשר בעיניהם מהמתנה הנו' הכוונה דמע' ומעכ' נתן וזיכה לב' בניו מה שיוכשר בעיני מקבלי מתנה ויבררו להם לעצמם אם כן כל שעה ושעה שיבררו מאשר יוכשר בעיניהם למפרע חלה המתנה באותו מין ומין שבררו והוי דבר מסויים ממש לפה אמינא דבאנו לכאורה לסברת מהרימ"ט ח"א סי' כ"ב וח"מ סי' כ"ג דכתב דמי שהקנה דבר מה לאיזה שיוכשר בעיני פ' דלא חלה המתנה יען דבעת וזמן של המתנה לא היה הקונה מבורר והביא ראיה מאותה שאמרו מעשר ב' שיש לי בבתי יהא מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס דלא חלל משו' דאין ברירה וכי היכי דאין אדם מקנה דבר שאי' מבו' ה"נ אין מקנין לאדם שאינו דבר מבורר וכו' ורובא דרבוותא פסקו דאין ברירה יע"ש ופעם ופעמים שנה ופירש האי דינא הר' מהרימ"ט ואסברה לן דאין אדם מקנה דבר שאינו מבורר וא"כ גם בנ"ד הגם דנאמר דהקנה להם מעתה ומעכ' מה שיוכשר בעיני המקבלי מתנה עכ"ז באנו לדינא דאינו מבורר דלא ידע הנותן אלי דעתיה של מקבל לברר כדי שיתן דעתו הנותן להקנות לו אותו דבר ממש

ואיברא דהר' מח"א ס' וליה סי' א' כתב ע"ד מהרימ"ט דאסתיתא להאי מלה' איקשי לן מתני' דשור שחור שיצא מביתי יהא הקדש וכו' ולכ"ע אם יצא שחור הוי הקדש ולא אמרינן אין ברירה איום מלם יצא יע"ש אשר מטעם זה חלק על סברת הלזו של ה' מהרימ"ט ז"ל ולדידי לא מכרעה כלל דהא השמיענו מהרימ"ט ז"ל שם דטעם מהנהי' דפ' לולב וערבה דתלמדין שיאמרו כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה הגם דבשעת אמירתו שמתני ואומר כל מי שיגיע כו' הא אינו מבורר המקבל מ"מ דחלות הזכיה אינו אלא אחר שהגיע לידו ובאותה שעה מבורר הוא דבא לידו וכו' יע"ש וכלומר דבשלמא בההיא דמעשר ב' הגם דבשע' עליית הסלע כבר היא מבוררת מ"מ מאחר דהחלול מצרך צריך ליה למחלל שיהא למפרע כדי שע"י זה הותר למחלל לאכול א"כ בשע' החלול הא אינו מבורר אתמס בההיא דלולב אין הזכיה חלה אלא בשעת ההגבהה וכו' ולא ודא אחת היא בההיא דשור שחור הגם דבשעת אמירתו שמתנה ואומר שור שחור שיצא מבתי אינו מבורר מ"מ דכיון דחלות ההקדש לא צריך לאקדושי אלא בשע' היציאה מביתו ובאותה שעה הרי מבורר לפניך וכן הוא ליסנא דמתני' שור שחור שיצא מביתי יהא הקדש דמשמעות ליסנא הוא לאחר היציאה יהא הקדש ודברי הר' מה"א צ"ת • וכבר עמדתי על זה במ"א ושם כתבתי דברי הראשונים ז"ל מסוג' דלנועים דפ' מרובה דשם כתבו תלמידי ר' פרץ ור' ישעיה ואחו' שנך הני' דבריהם הר"ב נא"ו שם דטעמ' דבאומר לכשיהא נלקט יהא הפקר ולא שייך ברירה בתלת' דמהשת' אינו הל אלא לאחר לקיטה ובההיא שעת' כבר נתבררו והן הן דברי מרן בכ"מ ה' מ"ש סוף פ' ח' וכבר עמדתי שם ע"ד ה' מ"ק

ואיברא לתשו' הרשב"א דהביא מרן בא"ה סי' קמ"ו סעי' מ"ה ורמזה מהרימ"ט שם בח"מ סי' כ"ג האשה שאמרה לעשרה בני אדם כל מי שיכנס שירצה הבעל ליתנו לו יהא שלוחי לקבל' אפשר דלא מהני דאין ברירה כמו שאמרו לאיזו שארצה אגרש בו דאין ברירה ע"כ קשי' לי בגוה דהא לא שייכה הכא ברירה דהא בנידון רצוי הבעל שאומר קח את וקבל גט וזה הרי מבורר ועומד הוא ולא דמי' לאיזו שארצה אגרש בו דהתם בעי' לפום דינ' ברירה דמעיקר' כדי שיהיה הכתיבה לשמה ולכאורה האי דינא דהרשב"א דמיא לההיא דלולב ועוד יש לעמוד ע"ד הרשב"א הללו כפי מה שהשרשנו הרשב"א גופיה באותה דה"ב סימן כ"ב דבדבר דאין אנו צריכין למימר לקדימתו שמה שהוא עכשיו כבר היה מאז ומקדם לא שייך דין ברירה יע"ש

יע"ש ועתה מה למות יערוך הרשב"א הא דינא דשליחות לדינא לאיזו שירצה כו' אלא לשו"ר דכבר עמדו עליה האחרונים ז"ל ולמאי דאתאן האי דינא של מהרימ"ט כבר עמדתי במ"א ושם כתבתי דלכאו' דברי הריטב"א לקדושין דס"ג רמזו הרב לדברי אמת קונ' ז' דף ה' ע"ג וז"ל מי שאמר הריני מחייב לכל מי שירצה ולא שיים אדם ידוע ומפורסם אם מת שמעון קודם שאמר לפני הני רוצה אין יורשיו כו' ע"כ ומריהטא' דלישנא' משמע דהרילוי הוא עכשיו הגם דבעת ובעולה של המתנה לא היה בדעתו כלל לפי' אלא דמהשת' מתרצה פי' בדעתו עכ"ז מהני הגם דהריטב"א קאי בשי' רוב' דרבוות' דבדאורי' אין ברירה עכ"ז ס"ל להריטב"א דמהני למי שתרצה בעינין

אמנם עתה ראיתי להריטב"א בחי' לגיטין פ"ק די"ג גבי מ"נ שכתב וז"ל ומיהו לא שייך דין ברירה אלא שא"א להול אלא במקום א' או באיש אחד אבל אינו יודע איזהו דהתם אמרי' דהוברר הדבר למפרע שזה היה וכאותה למי שתבא נפתח תחלה אבל כו' אפשר שיהא משועבד לכל העולם בזה אח"ז ובכי הא לא שייך ברירה ע"כ שמעי' מדברי הריטב"א הללו דלכל דהוכיר השעבוד אינו אלא לאיש פרטי יחידי דוקא ואינו מבורר בעידן חיובא ושעבוד' אמרי' דאין ברירה ולא אל החיוב והשעבוד וכ"כ ה' הנמק"י ז"ל פ' ג"פ ומשם הריטב"א למ"ש הריטב"א בחי' הנו' ומעתה א"כ דברי הריטב"א לפו' פשטן שתראי נינהו אם לא שנאמר דמ"ש הריטב"א בחי' הריני מתחיי' לכל מי שתרצה אתם הכונה עתה בשע' האמירה והחיוב אלא דלגבי המתחייב אינו ידוע ומבורר דבכי האי גוונא הגם דליכא דעת מקנה למבורר מ"מ הא מבורר הוא לגבי הזוכה וכיון דכן ניצול אותו לדיק ה' מהרימ"ט ז"ל מדברי הריטב"א ז"ל דהיה נראה לכאורה מנגדים לדברי ה' מהרימ"ט

עוד איכא לעמוד לכאורה בהאי לישנא דכתוב דהמתנה היתה נכללו' נשלזרעם אחריהם מעכ' דנמצא דכונת הנותן היה כדי שלא יהיו בניו מקבלי מתנה רשאים לגמרי במתנה דנא כדי שע"י זה איזבידם של נשותיהם אוחזות בנכסי המתנה כשאר נכסי דעלמ' לגבות כתובה ומזונות מש"ה נתחכם הנותן וזיכה לזרעם של המקבלי מתנה מה שישאירו בניו וזיכה אותם מעכ' וא"כ מאחר דזכיית של זרעם לא חלה מאחר שאינן בעולם גם מתנת בניו לא חלה כמו שדן ופסק כן מהרש"א בת' סי' י"ז והביא דבריו ה' פ"מ ח"א סי' כ"ד דרל"ט ע"א וז"ל גם במה שזיכה לנולדים שלא היו בעולם כו' שכ"כ הר"ב ג"ש וזולתו דאף הנולדים לא קנו כיון שלכלם הקנה בבת אחת מהסיא דקני את והמור יע"ש ושינה כן ה' פ"מ ח"ב סי' ל"ב

ובת שא תימא הי לא היה זרע לבני המקבל מתנה שפיר קא אמרת אמנם אי הוה למקבלי מתנה בשעת המתנה זרע לכל אחד וא' נימא דכונת הנותן לא היה אלא על אותו זרע דוקא ולא הבאים אח"ז וכן שמעתי שהיה לכל א' נפש אחד הא לא מכרעה דלדידי חזי לי דבנ"ד כונת הנותן היה היה אף לזרע הנולד אח"ז דאל"כ אלא כונתו היה על אותם הב' נפשות דוקא א"כ פתאום יבא דיל נשותיהם שולטת לגבות כתובה ומזונות במית' האחד מאותו זרע כיון דאיכ' הפסק בדבורו ובשלמ' אם כונתו של נותן הוא לכלול כל זרע הבאים אח"ז נמצא דליכא תחת האפשרות שיד נשותיהם יהיו שולטות דאם לא יהיו הני יבואו אחריהם תחתיהם כל היכא דאיכא זרע מיהא וזהו עיקר מגמתו של נותן

אמנם מהודענא שנשאתי ונתתי עם מורי' הרב המובהק מהרח"ע נתן נר"ו ענין הלזו וכה דבר דלעולם אימא לך דכונת הנותן הוא על זרעו שהיו למקבלי מתנה בשעת המתנה וכיון דהיו למקבלי המתנה לכל אחד ואחד בן או בת שפיר נתקיים מחשבתו והוא מה נפשך דאם זרעם הם נחיים וקיימים ועומדים בעת ובעונה של מיתת המקבלי המתנה הרי אין יד נשותיהם אוחזת לגבות כתובה ומזונות מאחר דזרעם הנו' מכח הנותן הם באים דזיכה להם מעתה ומעכשיו ואם אינם זרעם בחיים אלא דכבר נעדרו מן העולם טרם מיתת אביהם המקבלי המתנה דנמצא דבשעת מיתת המקבלי המתנה ליכא אלא זרע שלא היו בעולם מה בכך מאחר דמתנת הנותן היה מעכשיו לזרעם אחריהם ובעת מתנת הנותן כבר היו בעולם שפיר מתקיים אחריך והוא מאחר דקי"ל דכל מתנת אחריך שהוא מהיום ומעכשיו אם מת ב' בחיי א' יחזור המתנה ליורשי א' וכמ"ש מרן סי' רמ"ח סע' ו' וא"כ חלה הירושה לאביהם מקבלי מתנה וזוכים שאר זרעם ואין כאן זכיה של נשותיהם הבאות בטענה על זרעם למימר כיון דאתם באים לירש את אביכם חיוב' רמי' עליכם לשלם חוב אביכם דהא מנן שויא דהוי ראוי כמוחזק ואין כתובה גובה מהני נכסי ומעתה שפיר נתקיימה מחשבתו של נותן

ועפ אוקמתא הלזו ישב מהרח"ע נתן נר"ו קושית מהר"ש בן שושן נר"ו והוא כיון דכתוב בשטר המולג בשאלה דע"מ כן נתן מעכשיו לזרעם אחריהם כו' דנמצא דכונת הנותן לתלות מתנתו בזכיית הזרע וכל שלא חלה זכיית הזרע מכח הדין כיון שלא היו בעולם גם לא חלה זכיית המקבלי המתנה ולא אצטרכינן מטעם שכתב מהר"ש חיון ז"ל והרב פ"מ ז"ל אלא כיון דתלה מתנתו הנותן זכיית המקבלי מתנה בזכייתם של זרעם גם וכייתם לא חלה. אלו ת"ד שלמורינו הרב המובהק מהרח"ע נר"ו

ולדידי חזי לי דהא לא מכרעה דאכתי לא נתקיימה מחשבתו של הנותן מאחר דהנשים עלמוהנה הנם תפוסות ועומדות בתכשיטין ס"כ מכולמימר קי"ל ככה הפוסקים הסוברים דע"כ לא נאמר האי דינא דראוי אלא לעיקר הכתובה אבל לנדוני' הו"ל כבי"ת גמור ול"מ מהני מראוי דמלוה אלא אפי' ראוי הנא ממורישי הלוה שמתו אחר מיתת הלוה וכמ"ש מהרא"נ"ח ח"א סימן ק' וכן ראיתי להרב כנה"ג בת' א"ה סימן ע"א שנשאל על ר"וש אחים שמתו ואח"ו מת חנוך ן' ר' בעודו קטן ונפלה הירושה לן' שמעון ובאה אלמנת שמעון לגבות כתובתה מהני

תהני נכסי והשיב ה' ז"ל דאם האלמנה היא תפוסה
הנה דהירושה הוה ראוי במור עכ"ו וכתב ותלי למימר
קי"ל כמ"ד דנדונים דינה להוב וקי"ל כמ"ד דגובה
מן הראוי יע"ש והכי דן ה' ברית א"א סי' ל"ט וא"כ
אחר דיסוד הרב המובהק נר"ו הוא דחלה הירושה
על מקבלי המתנה ושפיר מתקיים אהריך כאמור א"כ
מגן טויא כיון דאיכא אופן דיד נשותיהם שולטות
וידם אוחזות שפיר בנכסי המתנה מכח טענת הקי"ל

והנה תימא הא תינח אם הירושה הורת והולכת
על אביהם של זרעם שפיר איכא אופן
דיד נשותיהם שולטת לגבות כתובתה אמנם אי אמרי'
דאין הירושה מתפשטת והולכת לאביהם אלא לאחיהם
של זרעם א"כ שפיר מתקיים אחריך וכסברת הרב
המובהק נר"ו וכבר כתב רשב"ם בעובדא דשבתא
דקכ"ה ע"ב דירושת האחין של מת באה להם מכח
האח המת ולא מכח אביו של מת יע"ש וזהו סברת
מרן ב"י סי' רנ"ג סעי' ל"ג גם זה לא מכרעה דהא
רבים חולקי' על סבר' שלזו וסוברים דירושת האחין
אינה אלא ע"י משום נחלה דאזלא הירושה לזקן
זהה"ך אלה על האחין וכמו שמתברר מדברי התו' ר"ם
יין דיה האחין וע"ש ע"ב בסו"ד והרמב"ן שם יעויין
בההרורים ובבר עמדתי במ"א וכיון דכן יכולות לומ'
קי"ל כדעת התוס' ודעימיה דירושת האחין אינה
באה הנה מכח משום אביהם ושפיר מלאה ידיהם
לגבות כתובתם כאמור

והנה זה הוא במונח דכונת הנותן לא היא
אלא על זרעם דשעת מתנה וכסברת הר'
המובהק נר"ו ברם אם כונת הנותן הוא על כל זרעם
של מקבלי מתנה אף אותן הנמצאים בשע' מיתת
המקבלי המתנה או ליכא אנפ'לבא לידי גביית כתובת'
הבני נשי דהא מכח מתנה הם באים וכמ"ש למע'
ז דלפי זה ליכא חלות המתנה: מאחר דהקנאה
היתה כאחד לנולדים ושאין נולדים כנו' כ"ד

בלעיר

אליעזר הי
טולידו ס"ט

סימן ק"י

שאלה בא לפנינו ש"ח איך נתחייב פ' לפ'
ס"מ לפרעם בשע' אחת קודם מיתה
וכו' והכל בנאמנות גמו' נפי' לה' פ' וב"כ על הר'
פ' וב"ך על כל אשר יאמר לעולם בין בכל ובין
במקצת ע"פ דבורו הקל כבע"ך בלתי כו' ואפי' א"ם
לעולם וכו' ולקיום כל הנז"ל ובפרט על הנאמנות
קנינו כו' והיה זה ביום ארבע ועשרים לא'חשון מש'
התקע"ט וקיים ועתה מת ראובן המתחייב ובא שמ'
ותבע מיורשי ראובן בכח הש"ח שבידו ויורשי ראובן
הוציאו כנגד הש"ח של שמעו' שטר מחילה וכתוב בו
איך נתפרע ונשתלם משמעו' מראובן בעל דודתו
שנעדרת מ"פ שהיתה אחות אביו שמעו' הנה עמדו
לחשבון משמעו' ע"ר ונתפרע כל זכותו מנחלית העזבון
המגיע לו מירושת דודתו עפ"א ומעתה לא נשאר
לשמעו' ונ"ך על ר' וב"ך שום תביעה כו' לא מחמת
העזבון הנו' ולא מחמת שום ד"א כלל לא בכתב ולא
בע"פ וכו' וכל אחר שמעו' יודע אני וכו' מחילה
גמו' כו' בלתי שוםשיור ואנאי כתוב ובלי כתוב כלל כו'
וכל כתב ומכתב אשר יצא מתחת ידו לבטל ולהחליש
כח מחילה דנא לכלם בטל אותם מעכשיו ועשו אותם
כחרס וכו' ולקיום וכו' והיה ביום כ"ה לא' חשון
תש' התקע"ט וקיים ע"כ

תשובה הנה לכאורה זו אינה צריכה לפנים
דודאי ש"ח דנא נתבטל מכח מחילה
קטיעת שלזו דכתוב בו ולא נשאר שום תביעה וכו'
לא מחמת העזבון ולא מחמת שום דבר אחר כלל וכו'
וכל כתב ומכתב אשר יצא מתחת ידו לבטל ולהחליש
כח מחילה דנא בטל אותו מעכשיו וכו' הנה מפורש
יוצא דליכא שום דררא דממונא משום חוב וחיוב וכו'
דישנו תחת התפארות דלכלם מחל שמעו' לראובן
והגם דשאלנו את העדים החתומים בשטר המחילה
ופנה הנם עדי' הש"ח וכה אמרו העדים דהיוב הנז'
בש"ח הוא ניהו דנתפשר שמעו' עם ראובן מחמת
מקלת מחלית העזבון דהיה שמעו' תובע לר' דיותר
ויותר היה עולה מחלית העזבון וע"ז נתפשרו ונתרצה
שמעו' בפשר דבר הנז' ועל זה חשם ראובן שמא
היום או למחר יצא שמעו' בטענה על ראובן בעל
דודתו דמחלית עזבון דודתו היה עולה יותר ממה שהיו'
שנתחייב ראובן וע"ז הוצרך שמעו' למחול לר' בעל
דודתו מחילה קטיעא בכל דיני מחילות הנהוגות ברם
שט"ח דנא כדקאי קאי לאו כל כמנייהו למטען הכי
ולמימר דהכל היה במעמד אחד והפשרה וגמר הדבר
היה דימחול שמעו' לר' בעל דודתו ויתן לו ראיה
בידו איך מחל כל זכותו של מחלית העזבון יותר מסך
הבא להתחייב הכתוב בשטר כתוב דהלא שטר המחילה
מכחישתם דלא היה במעמד אחד ובזמן אחד אלא
הש"ח נעשה יום כ"ד והמחילה היתה ביום כ"ה דנמצא
דהמחילה היא מאוחרת יום אחד

ואם היה נ"ל זמן הש"ח והמחילה בזמן אחד
דהיינו ביום אחד הגם דהמחילה היא
כוללת וכתוב בשטר המחילה על היום והיום בכלל
הכונה לכלול במחילה ההיא מה שנעשה ביום ההוא
גמי קודם המחילה דלא נימא עד ולא עד בכלל ולא
נכלל כי אם עד סוף היום שעבר ואז נאמנים העדי'
לומר דנעשה המחילה קודם החיוב והגם דשטר
המחילה היא סתמית ומשמעותה ע"ס היום דאנן לא
אתנינן טעות כבר כתבו הראשונים ז"ל דהיינו דוקא
בקניות התלויות במסירתו של שטר שבא לידו אמנם
היכא דהקנין הוא הגומר והשטר אינו אלא לראיה
בידו איך נעשה הענין ועדי דחלות הקנייה היא
משעת הקנין וא"כ נתקיימה המחילה תכף לקנייה
והקנין הנעשה תה"ך על החוב לא נכלל

אמנם כיון דנ"ל הוא דשטר המחילה היא
כתובה ביומא אחריתי של שט"ח לאו
כל כמנייהו של סהדי למטען דלא נעשית הפשר דבר
הנז' אלא מכח דשמעון נתן לר' מחילה כוללת וע"ז
בא ר' ועשה לשמ' שטר חיובא דנא דהא חוזרים
ומגידים הם והכי מתברר מתשו' הרינ"ש סי' ת"ל
בנשזל

דנשאל כעין נ"ד ושיב וז"ל ועתה נשאר לבאר על מה שטוענן ר' שיביא עדים שואת המחילה והש"ח נעשו מחמת הפסק דין דנעשה ביניהם דהיה לשניהם למחול זה לזה ושמעו' ישתעבד לר' חוב האלפיים דינרין ושנעשה הכל במעמד אחד ע"ד כן דלא יהיה נכלל במחילה וכו' דאם כדבריו כן הוא אין ס' דגובה חובו שהרי לא נכלל במחילה ואף אם קדם לה קנין החוב כיון שהכל במעמד א' הרי וכו' וכיון דהכל היה נמשך מן הפ"ד הנה לא היה נכלל ההו' במחילה אע"פ דהיא כללית דע"ד כן נעשה וכו' עכ"ל הרי דלא זיכהו הריב"ש ז"ל לתובע מחמת טענתו שטען דהחוב נעשה מכח הפשרה דזה ימחול וזה יתחייב אם לא דהכל היה במעמד א' הגם דקנין החוב קדם מ"מ אחר דהיו עסוקין באותו ענין יכול לחזור והיינו מטעם שהיה ביום אחד ובמעמד אחד ברם היכא דהוה כנ"ד כפי עדויות השטרות נמלא דלא היו ביום א' בגם דהעדים מעידים דלא נעשה הפשר דבר אם לא מכח דמחל שמעו' כנו' מ"מ כפי עדות המושג בשטרות נתבטל השט"ח מכח השטר המחילה ׳

ואיברא דאחר החיפוש ראיתי בתשו' הרמ"ה ז"ל הנדפסות בס' אור לדיקים שאלה ראשונה סימן ר"ס דנשאל על ראובן שהיה לו שטר חוב על שמעון ומסרו ללוי בכו"ת והיה בין לוי ושמעון משא ומתן ועשה לוי לשמ' מחילה מכל התביעות שהיה לו אללו עד אותו היום והיה זמן המחילה אחר זמן המסירה וכשתבע לוי את שמ' מכח השט"ח דנתנו לו ר' הוליא שמ' שטר המחילה שהיא כוללת מכל התביעות שבעולם וכו' וע"ז השיב הרמ"ה ז"ל וז"ל אם לוי יוכל לברר בעדים כי עיקר פרשתם והסכמתם של המחילה לא היה אלא על מו"מ דהיה עיקרם ללוי בלבד אע"פ דשטר המחילה היא כללית מכל התביעות שהיו אללו מ"מ זו גלוי ס' מחילה בטעות כמעשה דהנהו גינאי ע"כ

הנה שמעינן מדברי הרמ"ה ז"ל דכל דישנו תחת האפשר תחת יד בעל השטר חוב לברר בירור גמור איך הפשר דבר היה כן דזה יעשה לו מחילה גמורה לזה וזה יעשה שטר חיוב לזה הגם דשטר המחילה היא מובגת לפנינו היא כללית מכל התביעות והיא מאוחרת משטר החוב עכ"ז זה גובה חובו מכח השט"ח שבידו ומינה לנ"ד מאחר דהעדים הנה הנם שמה מעידים דשטר החיוב שעשה ראובן לשמ' לא היה אלא אחר שמעו' עשה לו שטר מחילה ונתקררה דעתו על ר' וע"ז היה הפשר דבר לפי דברי הרמ"ה ז"ל זכה ש'בשטר החוב שבידו אלא דיש לעמו' ולהבין דברי הרמ"ה דאמאי מפקי' מיד בע' השטר המחילה בעדותם של עדים לעיקר פשרת' והסכמתם של המחילה לא היה אלא על עסק מו"מ דהיה ביניהם מאחר דשטר המחילה שבידו היא כתובה מכל תביעו' שהיו לו אללו ממה שעבר עד היום והיא כוללת כל מיני חובות וניתא חרי ותרי ולמה תלינן במחילה בטעות כעובדא דהנהו גינאי דהתם שאני מאחר דמברר בעדים דטעה בחשבונו והקנין בטעות היה הגם לעידי הקנין הנה הנם מעידים דהודאה בפניהם נסך פ' מ"מ אינן מכחישים לאותן המעידים דטעה בחשבונו דאפ' דטעה בחשבונו כמו שטוען אלא דהם מעידים על הודאתו דבשעת הקנין לא כן בנדון הרמ"ה ז"ל לשטר המחילה היא מעידה דזה מחל לזה כל תביעות כו' אם כן אמאי תלינן במחילה בטעות ואם הרמ"ה ז"ל אסברא לן דכל דאיכא עדים מעידים בהדיא דחוב השטר לא נכלל בשטר המחילה ועידי המחילה אינן מעידים ומכחישים בהדיא דנכלל גם השטר חוב במחילה אם כן כל דאפשר להעמיד ולקיים עדותם של כל שני כיתות מעמידנן ומקיימינן ואם כן אפשר לפרש דברי עדי המחילה דלא נכלל גם השטר חוב ׳ אם כן מאי האי דכתב הרמ"ה ז"ל אף על פי דשטר המחי' היא כתובה על כל תביעות דהיו לו אללו מכל מקום זו היא בלי ספק מחילה בטעות ע"כ ׳ והלא כיון דאנן בדידן מפרשינן דברי עידי המחילה דאינן מכחישין דברי העדים המעידים דחוב השטר לא נכלל דלא היה המחילה אלא על שאר חובות של משא ומתן אם כן אין כאן מחילה כי היכי דנימא דהוי מחילה בטעות לא כן בעובדא דהנהו גינאי דאין כאן מילתא אחריתי דנימא לא היה הקנין על כל מילי אלא הקנין היה על פרט אחד ולפום הכי הולרך רבא למימר קנין בטעות היה ומיפטר

ואיך שיהיה לפום סברת הרמ"ה ז"ל שלזו מפקינן בנדון דידן מיד ראובן אף דשטר המחילה בידו והיא כתובה דהמחילה היתה דלא נשאר לו לא מחמת העזבון ולא מחמת שום דבר אחר כלל מ"מ מאחר דהעדים מעידים דשטר החיוב היה מלח שפשר דבר שנתפשרו ביניהם ועל זה נתחייב ראובן בשטר חוב אנן בדידן מפרשינן הכי ולייתינן להו ולא אמרינן דהוו חוזרים ומגידים

אפא דגם זה לא מגרעה מאחר דלבר כתבנו דמתברר מתשובת הריב"ש ז"ל דהגם דהעדים מעידים דפשר הדבר נעשה ונגמר על ידי דזה ימחול וזה יתחייב למוחל עם כל זה כל דשטר המחילה המושג לפנינו היא בזמן אחר וזמן הכתוב בשטר החוב יד בעל השטר המחילה על העליונה אם כן גם בנ"ד מלו יורשי ראובן למימר קים לי כדעת הריב"ש ז"ל דשטר החוב מתבטל מכח שטר המחילה

ברם ראה ראיתי להרב המבי"ט ח"א סי' שי"ל דנשאל כענין נ"ד על ר' דנתחייב בשט' לשמעון במתנה ש"מ וכתוב בשטר דאע"פ שש' ימחול לר' המתנה הנז' דלא תועיל המחילה והאריך בה' שמעון ומחל לר' אין מחל לו כל תביעה אשר לו עליו הן על הבתים הן על המעות כו' לא נשאר לי עליו שום תביעה כלל זולת ק' פרחים אשר לו בשות' כאשר כתוב בשטר השותפות כו' ותומר כו' ועתה טוען ש' דלא אהניי' המחילה כו' והשיב וז"ל מה שכתוב בשטר המתנה דאע"פ דש' ימחול לר' המתנה דלא תועיל המחילה הויא גר' שהיא מודע' שהוא מודיע דאינו חפץ במחילה ואע"פ דאינו אנוס המחי' בטלה מפני המודע' דאין הולכין אלא אחר ג"ד שנותן כו' ועוד דאין כתוב בפי' דמחל המתנ' הויא דמ"ש דמחל כל מין תביעה הרי פרט הן על הבתי' כו' ואין בכלל אלא מה שנפרט כו' ועוד כי אפילו הכלל אינו כולל מתנה זו דמי שמוחל כל מין תביעה אין במשמעות מחילה אם יש לו חוב בעדים או שטר מתנה בעדים כי על כיוצא בזה צריך שיאמר שהוא מוחל לו בפי' החוב שיש לו עליו או המתנה שנתן ומחילת כל מין תביעה משמעותו הוא תביעת ע"פ בלא עדים או נכתב בדבר שאינו בפי' ויש בו הכחש' וא"כ מחילה זו אינה מועלת למתנה זו ע"כ וראשונ' נעמוד על האי פסקא דדינ' דביטל שטר המחילה מתרי ומתלת טעמי חדא מטעם מודע' כו' ואני לא ידעתי את שיחו של ה' דמאי מודע' שייך על ר' דנתחייי' והטיל תנאי במתנה דהגם דאחר זמן יבא ש' המקבל מתנה ויעלה על לבו ברעות נפשו לעשות לר' שטר מחילה על המתנה הנז' דעכ"ז לא תועיל מחילה של שמעון אלא עכ"ז מתחייב ר' מנכסיו לכשימחול דהי לא לא מבני וע"ז נטלו קנין ועשו שליחותם העדים מיד ר' המתחייב ואם כפי דברי הר' הין צריכי' העדים נמי ליטול קנין מיד שמעון המקבל יבא הטעם הב' דעשהו הרב כ' ופרט ואין בכלל אלא מה שנפרט כו' ויש לדקדק דהלא כ' ופרט וכלל הוא ורגיל כ' אחריתי אחר הפרט דלא נשאר לי שום תביעה כלל וזולת הק' פרחים וכיון דכן אינו נדחה בכלל ופרט יבא הטעם הג' דאפי' הכלל אינו כולל מתנה זו דמי שמוחל כל מין תביעה אין במשמעותה אלא תביעה ע"פ שאין לו עדים כו' ולפי טעם זה אין להביא לנ"ד דלא נתבטל שטר החיוב דהא לית' דע"כ לא אמרה הרב אלא דוקא בדכתוב בשטר המחילה כל מין תביעה בין נכתב ובין בע"פ דלא נחית לבטל אלא מידי דאתי לידי הכחשה כתב דומיא דבע"פ אמנם בנ"ד דכתוב בשטר המחילה בין נכתב בין בע"פ בין בעדים בין בלתי עדים דכבר נחית לבטל אף מידי דלא אתי לידי הכחשה אף דליכ' בביטולה בהדיא מידי דאיתי בשטר' מה בכך וא"כ אף לדברי הרב שפיר נתבטל הבט"ח בכח שטר מחילה דנא

אלא דהאי דינא דאסבר' לן הרב המבי"ט דשטר מחילה הכתובה דמחל כל מין תביעה בין נכתב בין בע"פ ולא נשאר לו שום תביע' כ' זולת דבר פ' דאין במשמעו' מילת' דאיתי בעדים או בשטר דהלא מתשו' הרמ"ה והריב"ש ז"ל הנז"ל מתברר בהדיא דהשטר מחילה כללית מבטל אף מילת' דאיתיה בעדים או בשטר הגם דלא הוזכר בשטר המחילה שום רמז בבטולה ואין לו' דע"כ לא אמרה הריב"ש אלא דומי' דנדון דידיי' דנוסח המחילה לא היתה מכל צד ומכל פינה דהא עדיפ' נוסחו של הרב המבי"ט אף דנחית לשיורא וזולת דבר פ' ועוד אני תמיה לכאורה ע"ד המבי"ט דמאחר דבנדון הרב ז"ל נחית לשיורא באומרו וזולת הק' פרחים אשר לו בשותפות כאשר כתוב בשטר השות' דברי זה גלוי דעת בהדיא דמוחל דנא ביטל בדעתו אף מידי דלא אתי לידי הכחשה מדהוצרך לפרש דבריו וזולת הכך הכתוב בשטר השותפות הגם דלא אתי לידי הכחשה וא"כ אף לשיטת הרב ז"ל דמילת' דליתיה בהכחשה אינו נכנס במחילה כללית מ"מ היכ' דאיכא גילוי דעת ודברים המוכחים דנתכוון לבטל אף מידי דאיתיה בסהדי שפיר מתבטל

ואיך שיהיה דברי הרב המבי"ט ז"ל מרישיה לסיפיה מוקשין ועומדין לכאור' וראיתי להרב כנה"ג סימן רמ"א הגה"ט אות י"ד העתיק דברי הרב המבי"ט הנז' ולא דבר מאומה עליו ועי' להרב המבי"ט שם סימן מ"ה הביא דבריו הכנ'הג שם הגב"י אות ל"ב ומש"כ המט"ש הנ"מ שם הגה"ט אות ה' משם הרב משאת משה אינו ענין להאי דינ' של הרב המבי"ט אי מחילה כללית תוסיף כחה לבטל שטר חיוב או מתנה

ומעתה לא מצאנו לכאורה תרגועה לענין נ"ד דלפום מה שכתבנו חוזה יוצאת בשטר המחילה המוסגת ביד יורשי ר' מבטל השט"ח אשר ביד שמעון

אמנם אחר העיון נר' דיד ש' על העליו' ואדרבה שטר המחי' היא מתבטל' מכח השט"ח אשר ביד ש' והוא מטע' דכתו' בשטר החוב שביד ש' והאמינו ע"כ מה שיאמר בין כו' ע"פ דבורו הקל כו' וכבר כתב מהרשד"ם סימן ג"ן הביא דבריו הרב כנ"הג סי' ע"א דהיכ' דכתוב בשטר החוב דהאמינו על כל מה שיאמר לאפויי אתא דהאמינו אף בטענת הודאה ועדי הודאה והוסיף הרדב"ז אף בעדי מחילה יעו"ש והרב כנ"הג בתשו' ה"ג סי' מ"ה ד"ה ועדיין הביא דברי מהרשד"ם ז"ל והרדב"ז הללו וסייע את דבריהם מדברי הריטב"א דכתב כן בהדי' דכל שהאמינו הלוה למלוה על כל מה שיאמר מעתה אף בעדי הודאה ומחילה הורע כחו ולא יועילו לבטל שטר החיוב הכתוב בו נאמנות אלים כזה אם לא בב' אופנים או שיכתוב לו המלוה בכ"י ידו מידו של מלוה או שיתחייב המלוה כו' ובלתי ב' אופנים לא אשכח אנפ' לגרוע ולבטל שטר חוב הכתוב בגויה מילתא אלימתא' נאמנות כזה יעו"ש

ואף ע"פ דמהרשד"ם שם סיים אלא שבזה עדיין יש מקום לגמגם כו' יעו"ש הרי דלא נתבר' להרב ז"ל האי דינ' אי אמרי' דהאי לישנ' אתא לאפויי עדי הודאה מ"מ דברי הריטב"א המובאים בדברי הכנ"הג הם מבוארים ומפורשים דהאי לישנ' אהני' לבטל כל מין עדות של הודאה ומחילה ויד בעל השטר אשר בו נאמנות על העליונה ואם כן מאחר דבשטר החוב דבנ"ד כתוב נאמנות אלים דהאמינו על כל אשר יאמר כו' דכלל בהאי לישנ' כל

כל דבור ואמירה אשר ישנו תחת האפשרות אשר יוציא מפיו המלוה או שלא נפרע או שלא הודה או שלא מחל או טענות אחרות על הכל האמינו הלוה לתלות ואין טעם לחלק בין לישנ׳ דעל כל מה שיאמר ובין לישנ׳ דע״כ טענות הכתוב בדברי הריטב״א בחידו׳ לשבועות פ׳ שבועת הדיינין דק״ן מהא דהא לית׳ דאם איתא להא דאיכ׳ אנפ׳ למה ליה לראשוני׳ ז״ל לערו׳ עצמם לאשכוחי תיקונין וביטולים ע״י פרעון בב״ד או יכתוב לו כו׳ ול״ל דהוצרכו להני תקנות לישנ׳ דע״כ טענות דאינו במשמע כלל ומהודענ׳ דגופא דעובד׳ דנ׳ המולכת בשאלה היא העולה לפני בי דינ׳ רבה ועיל׳ מינן הרבנים המובהקים מהר״א עובדיא נחן הי״ו ומורי הרב תנא דבי אליהו נר״ו והראתי כל הרשום בכתבא דנא והסכימו לדברי וכך נעשה מעשה הנלע״ד כ׳

הצעיר **אליעזר די טולידו** ס״ט

סימן קיא

נתתי אל לבי להבין דבר מילתא כדנא דנהגינן אנן בי דינא איך לפעמים באקראי בעלמא באיזה זמן מן הזמנים דאחד מן הדיינים היושבים על כסא ההוראה ליתיה קמן דלא בא אל בית הוועד מאיזה סבה עבדינן עובדא לצרף להסופר העומד אצלינו בבית הוועד דהוא מוכן ומזומן לכתו׳ המעב״ד לחייב את החייב ולזכות את הזכאי כאשר יוצא מפי ב״ד נהגינן לצרף את הסופר לדון בין איש לרעהו עם השני הדיינים הקבועים וכותב וחותם במעב״ד כאשר יהיה המשפט והדין ומלאת כדנא אין כל חדש דזאת לפנים כאשר שמענו כן ראינו להרבנים זלה״ה הקדמונים בדורינו לצרף עם השני הדיינים הקבועים להסופר ספרא דוקנא דבי דינא וחותם עמהם במעב״ד ונוטל שכרו משלם כנהוג מן היוצא זכאי בדינו להיו׳ בידו לעדה ולראיי׳ בידו ולכאורה איכא למשדי נרגא דלאו שפיר למעבד הכי מטעמא דכבר אסברא לן הרא״ש ז״ל בתשו׳ כלל נ״ו סי׳ ה׳ דהא דשרי בתלמודא ליטול בטלה דמוכח ואזי מותר הדיין לדון היינו דוקא היכ׳ דהדיין היה מוכן לפניו איזה מלאכה לעשות בה בה שעתא ממש ובעבור דנזדמן לפניו איזה דינא איזה הוראה ומתעסק בדינא אזי מותר ליטול שכר בטלה דמוכח ודייק לה הרא״ש ז״ל דדוקא כה״ג מותר מלישנא דתלמודא וכו׳ האמנם היכא דהמלאכה אינה מזומנת ואינה מצויה אצלו כגון שאומר וכו׳ אסור לו ליטול שכר יע״ש וכך הם דברי רש״י ז״ל במ״ק ד׳ הביא הרב ב״י ז״ל ס״ס בכתובות וז״ל אגר בטלה דכל יומא דהוה עסיק בדינייהו לא הוה במלאכת ולפי מה שהיה מתבטל הוא שקיל וכו׳ אגר בטלה דלא מוכח כגון שאומ׳ הדייני׳ לא אשיקנא בדינייהו הוינא אזיל לדוך פ׳ ומרווחנא כו׳ דדילמא הוה רווח ודילמא לא הוה רווח מידי ע״כ והרמב״ם ז״ל פ׳ כ״ג מה׳ סנהדרין ס׳ ה׳ דייק כן בלישניה שכת׳ וז״ל אבל אם היה עוסק במלאכתו ובאו לפניו לדון מותר וכו׳ יע״ש וכן הוא לשון הטור ומרן בש״ע ס׳ ט׳ סע״ה דנקטו היתר כגון שיש לו מלאכה ידועה לעשותה בשעה שיש לו לדון ע״כ

באופן דמתברר מזה שכתבנו דיש לנ״ד העי״א לדקדק בעידן צירופו של הסופר אם יש לו מלאכת הכתיבה המיוחדת לו מאיזה שטרות של אומנתו בה שעתה של הצירוף ומונע עצמו מאותה כתיבה בעבור צירופו עם השני הדייני׳ הקבועי׳ אזי דוקא מותר לו ליטול שכר ברם היכא דאין לפניו של הסופר שום עסק ממלאכת הכתיבה אלא דישנו תחת האפשר דאם לא היה מצטרף עם השני הדיינים לדון עמהם היו קוראין לו לכתוב איזה שטר אזי לפום דינא לכאורה איסורא רביע עליה דסופר ליטול שכר דהא מי מפיס דבו בפרק באותו זמן בה שעתא דמתעסק בדינא היו באין ומריצין לפניו שטרי חובות וליכא דילמא לא הוה אתי אלא בשאר שעתי דיממא ולא בההיא שעתא ממש ואפשר דלא היו מביאין כלל כל ההוא יומא והוי כעין ס״ס ס׳ אם היו מביאין בההוא יומא כלל ואת״ל דהיו מביאין בההוא יומא דילמא לאו בהאי שעתא דדינא אלא בשאר שעתי דיממא

וכי תימא על הרבנים זלה״ה דהיו מצרפין לאותו סופר לדון עמהם וכותב וחותם במעב״ד והיה נוטל שכרו הא לא מכרעה וביודעו ומכירו קא אמינא וכבר ידוע אצלינו דאותו הסופר הוא היה אחד המיוחד מסופרי דוקני דאיתי׳ במתא קושטא עירינו יע״א ועילא מנהון שוה וכל העם מקצה היו מריצין לו לפניו זה יוצא וזה נכנס וכל היום וכל הלילה יעיר קי׳נו וידו אוחזת בקן קולמוסא לנא במכתב שטרי חובות וכדומה ולא היה משיב ריקם פני שואלו וכיון שכן אפשר דהוה ברור להו להרבנים זלה״ה דהוה עסוק במלאכתו מלאכת הכתיבה באותה שעה של הצירוף

האמנם הרואה יראה דעדיין לא ארווחנא לפום דינא מידי דהא האי היתרא דמותר ליטול לדיין שכר בטלה דמוכחת היינו דוקא היכא דנוטל יחד שוה בשוה ברם היכא דנוטל מאחד יותר מחברו או היכא דנוטל מאחד דוקא ולא מחברו או אסור וכמו שכתבו כל הפוסקי׳ ז״ל דלא מותר אגר בטלה דמוכחת אלא דוקא דנוטל משניהם וכמעשה דקרנא דהוה נוטל משניהם בשוה וטעמ׳ דלא ליתיה לאצלויי דינא ואם שקיל מאחד יותר מחברו איכא למיחש דאתי לאצלויי יע״ש ואפי׳ דלא דאין דין גמור אלא פשרה בעלמא דכתב הרב ב״א ז״ל דדוקא אגר דינא הוא דאסור וכו׳ כבר אסברא לן הרב ז״ל לומ״ת צריך משניהם דיטול בשוה כו׳ יע״ש באופן דעדיין לא מצינו טעם כעיקר מאי דעתייהו של הרבנים ז״ל לצרף לסופר ואחר גמר דין כותב וחותם המעב״ד ונוטל שכרו מהזכאי בדינו מאחד מהם או מהתובע דבא להוציא מתחת יד הנתב׳ או מהנתבע דבא ליפטר מתביעת חברו ורוצה להחזיק בידו

בידו דאיה איך יצא זכאי בדינו וא"כ לפום דינא פסול כסופר לדון ולהצטרף עם שני הדיינים

ועוד איכא למיחש דהא ישנו תחת האפשר דהשני הדיינים הקבועים אינן שוים ושנה הנם חלוקין בדעתם ובסברתם וכפי דעת האחד ראו' זכאי ושמ' חייב ושכנגדו חלוק עליו ולדידיה איפכא מסתברא דראו' חייב ושמ' זכאי ועל ידי צירוף הסופר דמגלה דעתו ומסכים ובא לדעתו של אחד מהדיינים ממילא צריך הדיין השני לבטל דעתו כנגדם דהם הרוב דכך אמרה תורה אחרי רבים להטות והדברים מסורים ללב וקמי שמיא גליא דישנו תחת האפשרי דרוצה הסופר דהאחד הוא עשיר ואם יוצא זכאי בדינו אזי נוטל שכרו משלם מיד העשיר לא כן אם העני יוצא זכאי דאין כל מאומה בידו ואין לך נגיעה גדולה מזו וכבר אסברא לן הרמב"ם ז"ל פי"ו מעדות ופסקו הטור ומרן ז"ל שם סי' ל"ו סעי' א' דחיובא רמיא על הדיין היושב על המשפט לעיין בדעתו ועולם בינתו בבא העד להעי' לפניו אם יש להעד הלז שום צד הנאה ותועלת בעדו' זו אפי' בדרך רחוקה ונפלאה הרי זה לא יעיד וכשם דלא יעיד כו' כך לא יהא דיין היכ' דיש לדיין צד הנאה רחוקה ונפלאה יעו"ש ולפי מוסר השכל הלז דלמדנו הרמב"ם דהאי צירוף הסופר עם הב' הדיינין אין לך השם הנאה קרובה כזו ולא נפלאת היא ולא רחו' וכאשר כתבתי כן מצאתי לגדול שבדורינו להר' מהר"י אזולאי בס' ברכי יוסף ח"מ סי' ט' דין י"ג דכת' דיש להחמיר דהדיין לא יהיה סופר שטרות אם אין שכר כל שטר ושטר קבוע וטעמ' דמקרב' דעתים למי שכ' לו שטר והרבה שכר ואו דומנין דמשכחת לה דאתו לדינא עשיר ורש נפגשו ואחר גמר דין צריך הסופר לכתוב להזכאי שטר ונכה"נ נר' דפסול שהוא נוגע בדבר דאם מזכה לעשיר שכר הרבה נוטל בכתיבת המעב"ד וכתב הרמב"ם כו' הא למדת דהדיין לא יהיה לו שום צד הנאה אפי' בדרך כו' עכ"ל הא קמן בהדיי' דהסכימ' דעתו דעת עליון דהדיין דהוא סופר פסול לדון מטעם נגיעה ונסתייעה הרב מדברי הרמב"ם וכאשר כתבתי

וכ"ת הרי הרי"ב העיטור אות בירורין דג"ן ע"ד הביא תשו' הגאון רב נחשון הביא דבריו שם הרב ברכ"י ז"ל וז"ל לרב נחשון כותב שטרות אע"פ דנעשה דיין ונוטל שכר כתיבה ע"כ הרי לכאו' דפשיט ליה להגאון דאין לחוש לחשש נגיע' ממון לדיין היושב על המשפט דלא לכתוב שטרות אלא שמי בידיה לכתוב שטרות ונוטל שכרו הא לא מכרעה דהא כבר תרגמה לן הר' ברכ"י ז"ל שם דמאי דהיתר הגאון אינו אלא בנטילת שכר קבוע דוקא אמנהיכא דאין קביעו' שכר דהיינו לפי עושרו והשגת ידו של הנוטל שטרו אזי פסול וכמ"ש הרב ריא שדה הביא דבריו הרב ברכ"י שם וכבר הביא שם עובדא הום למהר"י זיין דהרב היה כותב שטרות וכשמינוהו לדיין לא כתב עוד שטרות מטעמ' דאיכ' לחא דשוחדא יעו"ש

ועוד אפי' תימא דכונת הגאון הוא להתיר אפי' שכר כתיבה הרבה ולא חייש לשמא יטה בהרבות שכר הכתיבה היינו דוקא דשכר הכתי' הוא בכתיבת שטרות דעלמא ולא שייך לכתיב' המעב"ל הבא לדון לפני הדיין דהוא סופר של כתיבת שטרו' של ר' וש' ברם היכא דשכר הכתיבה דנוטל הדיין איהו ניהו כתיבת הפתקא דבי דינא דכותב אחד מן הדיינין וכגוונא דנ"ד דנוטל שכרו מן היוצא זכאי בדינו שהן הדיין וכותב וחותם במעב"ד ועי"ז זה נוטל שכר כתיבתו בזה לא דבר הגאון ז"ל להתיר אף בכה"ג דכבר אסברא לן הרמב"ם דכל היכ' דאיכ' שום הנאה ותועלת אפי' בדרך רחוקה ונפלאה לא יהא דיין באותו דין וכנו' ולא פליגי עם הגאון ז"ל

באופן דכבר שנה לנו את הדלת הר' ברכ"י ז"ל גדול שבדורינו דאסור לסופר לדון עם צירוף השני הדיינים היכא דהוא הדיין והוא הסופר הפתקא דבי דינ' ואין לצדד ולו' דאין ראיה לאסור ולפסול צירוף הסופר מפסקו של הברכ"י ז"ל דלילמ' אין דברי הרב ברכ"י אמורים אלא דוק' בדיין יחידי בלתי צירוף עם שני דיינים אחרים אבל היכ' דאיכא צירוף עם דיינים אחרים עמו מנא לן דאסור הרואה יר' דהא לא מכרעה כלל דכל עיני בשר לו וחכמת אלהים בקרבו לבבו יבין הטעם שכתבנו למעלה דהא ישנו תחת האפ' דהשני דיינים לא שוו בלימודייהו ולא קיימי בדעת אחת והנם חולקין לענין פסקא דדינ' דזה מזכה לר' וזה מחייבו ובא הג' דהיינו הסופר דנצטרף עמהם ונעשים רוב ואזי חיוב' רמיא על הדיין החולק לבטל דעתו מטעמ' דקרא אחרי רבים ונפסק הדין לפי דעתו וסברתו של דיין האחד והסופר ואזי באנו לחשש דנגיע' וכמו דאסבר' לן ה' ברכ"י ז"ל ותו מאחר דכל חיליה של הברכ"י הוא ממאי דאסברא לן הרמב"ם מוסר השכל דכל היכא דישנו להדיין שום צד הנאה ותועלת אפילו בדרך רחוקה ונפלאה לא יהא דיין באותו דבר וכנו' א"כ דברי הרמב"ם דאסר בכל גוונ' איתיה בין דהדיין הוא יחיד ובין שהוא עם שניים אחרים וכל פוסקי הלכות דהביאו האי דינא דהרמב"ם בסתמ' הביאוהו ולא חילקו כלל במילת' כלל וא"כ חוזרנו למ"ש דאין ולאין לעשות מעשה לצרף לסופר ולדון עם הב' דייני' אחרים מאחר דאית לן תרי טעמי שפירי לו' דאסור לסופר להיות דיין ואין לצדד ולו' דלית לן לחוש לטעמא קמא הנם דנוטל מאחד מהם היוצא זכאי דאיכ' למימר דע"כ לא אסרו ז"ל אלא דוק' היכא דהדיין הבא לדון מבטל מלאכתו בעבור שניהם התובע והנתבע ושכר הביטול רמיא על שניהם כאחד מחלה לכל אחד מהם דהא זה וזה רוצין לדון לפני דיין אחד ויבטל מעסקו כדי שידון להם האומנם היכא דביטול מלאכתו של הדיין לא שייך אלא לגבי אחד מהם או התובע או הנתבע וכגון עובד' דנ"ל דהוא מלאכת כתיבת של המעב"ד היוצא זכאי בדינו דהוא ניהו הבא לכתוב המעב"ל להיות לעדה ולראיה בידו או שהוא תובע ואיהו ניהו הבא ליטול מחבירו ואייתי בידיה הפתק' דבי דינא דשפיר קא תבע או שהוא היה נתבע ויצא זכאי בדינו דפטיר ועטיר מתביעת חברו ואייתי בידי' הפתקא דבי דינא דאין לו להברו אצלו כלום

ולכאורה

ולכאורה היה אפשר לחת סמוכות להאי סברא דכל היכא דטירחת הפעולה אינה אלא בעבור האחד דוקא ולא בעבור חברו דמותר ליטול השכר מהאחד מהם ולא בעינן משניהם והוא מתורתו של הרב ד"מ ז"ל הובאו דבריו בספר כרם שלמה ז"ל ח"מ סימן ב' דהעמיק והרחיב והסכימה דעתו דעת עליון של הרב מ"א ז"ל דמותר הדיין ליטול שכר הליכה מאחד מבעלי דינין הקור' אותו ואייתי בידיה ראיה מתורתו של הריטב"א בחי' לקדושי' פ"ב דה"ן וז"ל דשכר הבאה ומילוי המים מותר דהוי אגר פעולה ולאו אגר הוראה הוא והוא הדין בעדות ודין כל כה"ג כגון שכר הליכה וביטול' מותר ע"כ ורימז תשובה בנו הרב ה"ש ז"ל ריש סימן ט"ו יע"ש

הרי לפום ריהטא ראיה דלכאורה דפשיט להו להרבנים ז"ל הרב כרם שלמה והרב ד"מ מע' בנו ז"ל דכל היכא דטירחת הפעולה דעושה הדיין אינו אלא בעבור וסיבת אחד מהם אוי מותר ליטול מאחד מהם של מי שהוא ששייך לאותה פעולה וגם נר' דלא בעינן שכר בטילה דמוכח' אלא אפי' שכר בטילה דלא מוכחה שרי וכן מצאתי שכתב כן הרב שע"ה ז"ל הלכות איסות פ"ג דין ג' יע"ש וכפי זה תורה יוצאה לכאורה כמו כן בכתיבת הפסק' דבי דינא דפעולת הכתיבה אינו אלא בעבור היוצא זכאי דהוא ניהו הצריך לכתיבת המעב"ד דמותר ליטול מאחד מהם ולא חיישינן לאצלויי דינא וכמובן

ועפ"י זה שכתבנו דיש ללמד הכי אפשר לפרש תשו' רב נחשון גאון ז"ל דהתיר לדיין היושב על המשפט לכתוב שטרות וליטול שכרו של הכתיבה אף' דהיתר שגאון הוא אף שכר שאינו קצוב וכ"ש לכאו' הוא דשם לא קאי שגאון בעסק כתיבת פתקא דבי דינ' אלא בעסק כתיבת שטרו' דעלמ' מאחר דאסבר' לן הריטב"א דמותר ליטול הדיין שכר הליכה מאחד מהם ולא שייך הטעם דיהיב תלמוד' דילמא אתי לאצלויי אפילו דמתנת המעות דנותן לדיין שוא על עסקי ריבה דנפל בין שניהם ועל זה הוצרך הדיין לקום ולילך למקום פ' עכ"ז אמרינן דמותר מטעמ' דשכר טירחת ההליכה הוא נוטל כל שכן היכ' דקבלת המעות דנוטל הסופ' הוא בשכר טירחה דשטרות דעלמ' דלא שייכי לדבר המשפט כלל כל זה היה אפשר ללמד

האמנם ראיתי להרב פרי האדמה ז"ל ח"ב הלכות סנהדרין דקנ"ג ע"ג דהביא דברי הריטב"א ז"ל דהתיר ליטול שכר פעולת הטירחה בין לעד בין לדיין וכתב הרב ז"ל דלאו בחדא מחת' מחתינהו הריטב"א ז"ל דדוקא גבי עדות דליכא טעמ' דאצלויי דינ' הוא דהתיר הריטב"א ליטול מאחד מהם אבל לגבי דיין אינו מותר ליטול שכר הליכה מאחד מהם אלא דוקא משניהם כאחד דאי לא היכ' לתיחש לאצלויי דינא ודחה סברת הרב כרם שלמה והרב ד"מ ז"ל ואם כן מלינו פלוגת' בין רבני האחרונים ז"ל אי שכר טירח' או דהליכה או דכתיבה כגונ' דנ"ד אי מותר ליטול מאחד מהם או בעינן דוקא משניהם מטעמ' דלא ליתיה לאצלויי דינא

ועלה ע"ד לצרף סברת הרב מש"ל ז"ל הביא דבריו הרב מוצל מאש דבס' אש דת סימן ל"ח דלידד הרב מש"ל ז"ל דלא אמרו הנוטל שכרו לדון דיניו בטילין אלא דוק' היכא דבא שכרו לידו קודם שדן הדיין וזהו דיוק' דמתני' הנוטל שכרו לדון דלא רצה לדון אם לאו דכבר נטל שכרו האמנם כל היכ' דהדיין לא נטל שום פ"ק קודם שדן אלא אחר שדן נטל שכרו אין דיניו בטלין ונסתייע הרב ז"ל מדברי מרן כ"מ ז"ל יע"ש ואי ניחן ליאמר האי סברת אסכמנ' לן פתרי למאי דהוו עבדי עובד' הרבנים ז"ל לצרף להסופר והוא נוטל שכר הכתיבה כנהוג אחר דכבר נתברר מי זכאי ומי חייב ואזי כותב וחותם הסופר במעב"ד ואחר כך בא שכרו לידו ולכאורה הוי כעין ס"ס להיתר צירוף הסופר דהוו עבדי עובד' רבנן שבוראי ז"ל ס' אי פסקינן הלכתא כסברת תרי רבוות' הרב כ"ש ומר בריה הרב ד"מ ז"ל דסברי דברי הריטב"א ז"ל דהיתר שכר הליכה ליטול מאחד מהם ולא בעינן משניהם הוא בין לעדות ובין לדיין ואת"ל דילמ' דהלכה כס' הרב פרי האדמה דאסור לדיין ליטול שכר טירחת הליכה מאחד אם לא משניהם דילמ' הלכה כמאי דאסבר' לן הרב מש"ל ז"ל דאם הדיין נוטל שכרו אחר שדן אין דיניו בטלים למפרע ומתהפך הוא וכמובן

ברם כבר כתב מהר"י כולי בס' מש"ל פכ"ג מה' עדות דלא אמרה הרב מש"ל האי סבר' אלא לענין דאין דיניו בטלים אבל איסו' איכא בכל גווני והבי' תשובת הרב שבות יעקב ז"ל יע"ש ודברי מהר"י כולי לריכין ישוב כמובן ועי' להרב מנחת הלכות ה' בכורות דנ"ו ע"ג וע"ד דהביא האי פלוגת' דמהר"י אלפאנדארי עם המש"ל וכתב דמה לי על ומ"ל דיין דכל שנטלו שכר בין קודם הדין ובין לעדו' ובין לאחר הדין והעדות הכל נטל למפרע יע"ש באופן דלא אהניא לן האי סברא של הרב מש"ל וכאמור ואם לטעמ' קמא דהסופר נוטל מהאחד באנו למחלוק' הר' פרי האדמ' עם הר' כ"ש ומר בריה הד"מ דלדע' הרב פרי האדמה אסור ליטול שכר מטירחת ההליכה מהאחד וצריך הדיין ליטול משניהם כא' דלא ליתיה לאצלויי דינ' ולדע' הרב כ"ש והרב בנו ז"ל מותר אף לדיין ליטול שכר טירחת ההליכה אפי' מאחד מהם ולפ"ז בנ"ד בצירו' הסופר יש להחמיר מילתא דלא ליתיה לאצלויי הסופר ולטעמא בתר' מילת' דנוגע בעדות איכא להאמורי וכמ"ש הרב ברכ"י ז"ל בכנ"ל

וכבר

וכבר ידוע מאי דנבוכו גדולי האחרונים ז"ל נוגע בעדו' משום מה אתה פוסלו כת אחת סברי דטעם פיסולו הוא מגזרת הכתוב כדין קרוב ולא מטעם חשדה דמשקר וכת אחת סברי דטעם פיסולו הוא מטעם חשדה דמשקר יעוי' להר' ש"ך ז"ל ריש סי' ל"ז ודחה סברת הלבוש ז"ל מדברי הרמב"ן ז"ל מפ' חזקת דמ"ש דהביא תירוצו של הרב מהר"י ן' מיגא"ש ז"ל דמוכח דמטעם חשדה דמשקר הוא ולאו מטעם גזרת הכתו' הוא יע"ש ומש"כ הרמב"ן ז"ל הביאו דבריו הרשב"א והר"ן והריטב"א בפ"ב האיש מקדש דמדין קנס הוא דפסלינן לעד הנוטל שכר להעיד משום דעבר על מה אני בחינם ואינו פסול מדין תורה ואמאי הא בין לטעמא דמדין קרוב ובין לטעמ' דמשקר אמאי אינו פסול מדין תורה וזו אינה קושיא משום דהרמב"ן ז"ל קאי היכא דנוטל מפניהם בשוה דליכא טעמא לא לחשדה ולא לקורבה

וראיתי להר' בצלאל ז"ל בא"ו שם פ' חזק' דהביא תי' מהר"י ן' מיגא"ש דהבי' הרמב"ם וסיים עוד ז"ל א"כ יש להבין דהא דלא מקבלינן ליה לסהדותיה לאו מטעמ' דחשדינן ליה דמשקר ומעיד עדות שקר אלא מאחר דקא מטי ליה הנאה מסהדותיה הויא ליה כמאן דאסהיד לנפשיה דלא מקבלינן מניה ולא משום דחשדינן ליה דמשקר וכו' אלא משום דלא מקרי עד כלל עכ"ד וזהו טעמו של הרמב"ם תלמידו ז"ל ריש פט"ו מה' עדות שכת' וז"ל כל עדות שיבא הנאה לאדם ממנה אינו מעיד בה דזהו כמעיד על עצמו ע"כ וע"ש עוד בא"ו דהביא דברי ר' יונה ז"ל בעליות וז"ל כמו שהקרוב פסול לעדות כך כל מי שנוגע ונראה לדיינים דיש לו צד הנאה בו פסול לעדו' הומר בקרוב מבנוגע בעדות דאם היה יודע לו עדות וכו' הקרוב פסול להעיד בין לזכות ובין לחובה והנוגע בצד אחד בעדו' שומעים דבריו אם יעיד בדרך דנוגע בה עדותו פסולה ואם הוא מעיד בדרך דאינו נוגע בעדות עדותו כשרה עכ"ד ר' יונה ז"ל והילך דברי הרמ"ה ז"ל בחי' שם לפ' חזקת סי' ק"ל דפ"א ע"ג מהספר וז"ל ודוקא היכא דהויא תחלתו וסופו בכשרות כגון כו' כדאמרי' גבי פיסול קרובין ופיסול נוגע בעדו' כפיסול קרובין דמי דקיי"ל אדם קרוב וכו' ע"כ והרב בצלאל ז"ל שם בא"ו פ' חזקת דכ"ט מהס' ע"ג הביא דברי הרשב"א ז"ל וז"ל דהא דאמרי' נוגעין בעדותן הם קי"ל ל' נוגעים בעדותן דקאמר דהכא בעלי דבר הם ומעיד לעצמו הוא ואינו נוגע הוא כו' ע"כ ושם בע"ד הביא שם הרב בא"ו דברי הרשב"א ז"ל וז"ל ול' אחרים ז"ל פירשו דכיון דמטי ליה הנאה מניה לאו בר עדות הוא כלל כו' ודמיא להא דמכות דמקיימי הדבר הכתוב מדבר והני לאו עדים נינהו דאין אדם מעיד על עצמו עכ"ד וע' בתשו' מהר"ם ריקאנטי ז"ל סי' תנ"ו דהביא תשו' הראב"ד ז"ל לתרץ מה שמקשים על פירו' מחלוקת ר' יוחנן ור"ל על מי שנתן נכסיו לב' בני אדם והעדים קרובי' לזה ורחוקים לזה דר' יוחנן פוס' דאמאי הא איכא למימר פלגינן דבורא כדאמ' גבי פ' בא על אשתי דהוא ואחר מצטרפין להורגו דפלגינן דבוריה והכא תרי גופיה נינהו ולזה תי' הראב"ד ז"ל דלא דמיא דאין כאן עדות כלל דהא בעל דבר הוא דאשתו כגופו ואדם קרוב אצל עצמו לא כן גבי נותן נכסיו לב' בני אדם דאיכא שם עדות והוי כנמצא אחד מהם קרו' או פסול דהעדות בטל כולו גם ר' האיי גאון ז"ל השיב כך ע"כ גם הרא"ש ז"ל פ"ק דמכות דף ו' גבי אילעא וטוביה קריביה דערבה הוו דהביא דברי הראב"ד ז"ל דחילק דבדבר דלא חל שם עד כלל לא אמרי' עדו' דבטלה מקצתה וכו' דבמקיימי דבר וכו' וכתב שם הרא"ש ז"ל שם וז"ל ומוכח כדבריו וכו' דקאמ' פ' בא על אשתי וכו' קמ"ל דאשתו כגופו ואין זה עדו' וכו' והכי נמי אמרי' גבי פ' רבע שורי אדם קרוב אצל עצמו אמרי' אצל ממונו לא אמרי' פירוש ואף האדם פטור דעדות דבטלה מקצתה כו' עכ"ד הרא"ש ז"ל ומה שפי' הרא"ש ז"ל סוגיא דמכות דאצל ממונו לא אמרינן ואף הרובע פטור הכי פירש הראב"ד ז"ל פ' י"ב מעדו' ה"א ודלא כפירוש הרמב"ם ז"ל יע"ש וכפי הנראה דלא שלט עינא דספיר חזי הרא"ש ז"ל תשו' הראב"ד ז"ל דהביא מהר"ם ריקאנטי ז"ל כמובן וע' תשו' הריב"ש ז"ל סי' קס"ח וקל"ה ושל"ט רמזו הר' כנה"ג סי' ל"ו הגה"ט אות ב' דס"ל דנוגע בעדות לא חל עליו שם עד כלל דמקיימי דבר בעי' ואין אדם מעיד על עצמו והביא סוגיא דמכות ודברי הראשו' דפ' חזקת דהבאתי יע"ש וע' דברי התו' ז"ל פ' חזקת שם ד"ה ולסליקו תרי מנייהו וז"ל וא"ת והא בעינ' וכו' והכא הוי תחלתו בפסלו' והוי כמו קרוב יע"ש ומריהטא דקושייתם משמע דטעם פיסול נוגע בעדות מדין קרוב ומה שתירצו דאיכא לפלוגי בין פיסול הגוף לפיסול ממון וכן תירץ הרא"ש ז"ל שם נראה דכונתם ז"ל הוא כמו שתירץ הראב"ד ז"ל שם הביא דבריו הרשב"א ז"ל דהביא הרב בצלאל ז"ל שם בא"ו פ' חזקת וכ' הראב"ד וז"ל כי בעינן תחלתו כו' ה"מ בפסלות דגופא או פסלות דקורבא אבל הכא משום חשדא דנוגעים בעדותם וכי מסלק החשדה כשרים בין לדיינין לעדות וכתב הרשב"א ע"ד הראב"ד ז"ל הללו וז"ל ול' אחרים ז"ל פירשו דגבי ממון דמטי ליה הנאה מניה לאו בר עדו' הוא ולא חייל עליו שם עד כלל עכ"ד הרשב"א ז"ל מוכח מדברי הרשב"א ז"ל הללו דלפי תירצו של הראב"ד ז"ל לעולם חל עליו של הנוגע בעדו' שם עדות אלא דטעם פיסולו של נוגע בעדו' הוא משום חשדה דמשקר וכבר דנהלך מן הממון כשר גמור הוא דהא נסתלק החשדה ואפ' דזהו כונתם של התוספות והרא"ש דתירצו כתירוץ הראב"ד ז"ל

האמנם ראיתי להר' כנה"ג ז"ל שם סי' ל"ג הגב"י אות כ"ב דהביא תשו' הריב"ש ז"ל דסי' שלי"ט על תירו' ר"י ז"ל בעל התוס' דכונת ר"י ז"ל הוא כמו שכתב הריב"ש דנוגע בעדו' לאו מטעם חשדה הוא אלא מטעם דלא חשיב עדו' דלא חייל עליו שם עד כלל דמקיימי דבר בעינן יע"ש ודלא כמו שפרשתי הכא בעניותינו כונת התוס' ז"ל

והנה היה אפשר לעמוד על דברי הראב"ד ז"ל הללו דמתשו' דהביא מהר"ם ריקאנטי ז"ל ומדבריו דהביא הרא"ש ז"ל [illegible] בפ"ק דמכות

נר'

נר' מדבריו דס"ל דנוגע בעדו' אין פיסולו מטעם חשדה דמשקר אלא פיסולו דלא חשיב עד כלל מטעם דבעינן מקיימי דבר והנוגע בעדו' בעל דבר הוא דאדם קרוב אצל עצמו ואלו מדברי הראב"ד ז"ל דהביא הרשב"א ז"ל והובאו דבריו בשיטת הרב בצלאל בא"ו כנז' מוכח דס"ל דפיסול נוגע בעדות הוא מטע' דמשקר והוא כשני התירוצים ז"ל שלמהר"י ן' מיגאש ז"ל שהביא הרב בא"ו כנז"ל דלתירו' הראשון דהביא הרמב"ן ז"ל והביא דבריו הרב ש"ך ז"ל ריש סי' ל"ז טעם פיסול נוגע בעדות הוא מטעם חשדה דמשקר אשר מטעם זה דחה הרב ש"ך ז"ל סברת הלבוש ומהר"ש מלבולין ז"ל דס"ל דטעם פיסול נוגע בעדו' הוא מטעם קרוב דפיסולו הוא מטעם גזרת הכתוב ולתירו' השני דהביא הרב בא"ו משם מהר"י ן' מיגאש ז"ל א"נ כו' פיסול נוגע בעדו' היא דאדם קרוב ולא מקבלינן סהדותיה כמעיד על עצמו יע"ש ונמצא דהא והא איתיה וזהו כונת הראב"ד דבתי' לפ' חזקת תי' כתי' הראשון של מהר"י ן' מיגאש ובתשו' השיב כתי' הב' של מהר"י ן' מיגאש ז"ל ועיי' להרב הנמק"י ז"ל פ' חזקת דקע"ו ע"א דרמזם הרב ש"כ ריש סימן ל"ז דכתב הר"ן ז"ל וז"ל שמעינן דפיסול נוגע בעדות אינו כפיסול קרוב דאילו קרוב אינו מעיד בין לזכות בין לחובה אבל נוגע בעדות משום הנאה הוא וכיון דלא מטי ליה שום הנאה מקבלין יע"ש ואלו הרב הנמקי פ"ק דסנהדרין שם שכתב וז"ל אדם קרוב אצל עצמו דאינו חל עליו תורת עדות כלל ולפיכך לא אמרינן עדות דבטלה כו' קמ"ל דאשתו כגופו כו' והילכך נאמן לגבי הבועל דכל מידי דלית בה תורת עדות לא אמרינן עדות דבטלה כו' דאין כאן עדות בטל כלל עכ"ל

וכבר כתבתי למע' דברי ר' יונה דנוג' בעדו' מדין קרוב הוא אלא היכא דיש לנוגע איזה צד הנאה ותועלת או דין קרוב יש לו והתורה פסלתו אבל היכא דאין לנוגע שום הנאה ותועלת כלל אינו קרו' אלא הו"ל כמעיד לאחריני ולא לעצמו וכשר להעי' ולא קשיא ליה לר' יונה ז"ל מאי דקשי' ליה להר"ן דאי מטעם קורבה אתה פוסלו הלא קרו' הוא פסול בין לזכות ובין לחובה יע"ש לזה בא ה' ר' יונה לשלול תמיהת הר"ן דלעולם מדין קרוב אתה פוסלו דאדם קרוב א"ע והיינו דוקא היכא דיש לו הנאה ותועלת הוי פסול דאדם קרו' כו' אבל כשאין לו הנאה כו' הו"ל כמעיד לאחריני דהא כבר נסתלק מהקורבא

באופן דלפום ריהטא משמע דמלינו דאיכא ג' טעמים בפיסו' נו' בעדות הטעם ראשון משום חשדא דמשקר ואין ממש בדבריו לא מהמנינן ליה במאי דקא מסהיד כסברא השניה מטעם קורבא כדין קרוב דאדם קרוב אצל עצמו הוי גזירת הכתוב והסברא השלישית הוא דלא חל עליו תורת עדות כלל דבעינן מקיימי דבר

[illegible] לעניותי ראיתי דאפשר לצדד ולומר דאין מדברי הראשונים ז"ל הוכחה ברורה דטעם פיסול נוגע בעדות הוא מטעם גזרת הכתוב ואף דבאו בלשונם כדין קרוב דאדם קרוב אצל עצמו לא נקטו בלשונם אלא לדוגמא בעלמא וכונתם לומר הוא דכל עדות דעלמא אינו אלא לזולתו ולא שייך לעצמו אבל הכא בנוגע בע' על עצמו הוא מעיד והא לאו בר תורת עדו' וכמו שכתבתי מדברי הראשונים כנז"ל

ואם האמת כן נ"מ למאי דנסתפק מהריב"ל ז"ל ח"א דנ"ה על מעשה דבא לפניו על מי ששלחו לו לעיר אחרת לחפש אם ימצ' איזה עדו' מספי' להתיר אשה עגונ'א' ועשו תנאי עמו אם יביא ע' מספי' יתנו לו סך רב ואם לאו זה יתנו סך מעט כו' וכתב הרב. ונסתפקתי אי סמכינן על עדות הנז' כיון דנוגע בעדו' הוא יע"ש הרי אף דקרוב משני לעדו' אשה מ"מ בנוגע בע' לא מהני ואלו הוה פיסו' דנוגע בע' מטע' גזרת הכתו' דא ודא אחת היא אבל אי אמרי' דפיסו' משום חשדא או דמשקר ומעיד מה שלא ראה ולא שמע אין כאן עדות ולכאורה יש כדמות ראיה דהא הריב"ש נת' הנז' אסברא לן דע"כ לא אמרו עדו' דבטלה מקצתה בטל' כולה אלא בשאר עדות פסולין כמו קרוב או פסול עבירה דחשיב צירוף עדות לשיקרא שם עדות וכיון דבטלה מקצתו של עדות בטל כולו אבל צירוף הנוגע בעדות לא חשיב כלל עדות להיקרא ביטול מקצתו כו' וגם הרב הנמקי ז"ל בסו"פ קמא דסנהדרין כנז' כתב כהאי לישנא דמאחר דהוא נוגע דאשתו כגופו נאמן לגבי הבועל כו' ולא אמרי' עדות דבטלה כו' דאין כאן עדו' בטל כלל יע"ש

והנה דנראה לפום ריהטא דאין סברא שלזו מוסכמת דלגבי נוגע בעדות דלא אמרי' עדות דבטלה מקצתה דהא כבר כתבתי השגת הראב"ד דפי"ב מעדות דהסכימה דעתו לפי' המפ' ז"ל דפי' הסוגי' דאינו נהרג הרובע דכיון דהוא נוגע בעדות לגבי שורו אמרי' עדות דבטלה מקצתה כו' וכ"כ הרא"ש פ"ק דמכות גבי אילעא וטוביא כנז"ל יע"ש באופן דס"ל להראב"ד והרא"ש דנוגע בעדות ופיסול קורבא כחדא נחתין וכחדא סליין וכיון דנתבט' מקצתו כו' . ואיברא דכבר ראיתי להר' מש"ל פ"ה מה' עדות ה"ד הזכיר מחלוק' הלזו של הריב"ש עם הרב בעל התרומות שע' נ"א ח"ד סי' ט' דהרב בעל התרומות וגם הרא"ש בתשו' כלל ג' סי' י"ג שכ' ס"ל דכשם דמתבטל לגבי קרוב הכי נמי מתבטל לגבי נוגע בעדות ועי' להרב תומת ישרים סי' ד"ן ד"מ ח"ב סי' ע' יע"ש ועיין להרב דברי אמת ז"ל בזכרונותיו כ"י אות עדות סי' תקמ"ט הביא מחלוק' הלז דרב נתן והרב בעל התרומו' והרא"ש חולקים על הריב"ש ז"ל והוסי' הרב ז"ל דרבי' יואל הבי' דבריו המרדכי פ"ק דגיטין סי' שכ"ג פליג על הריב"ש ז"ל יע"ש

ולדידי גם המפ' והראב"ד חולקין על הריב"ש ועי' תשו' הריטב"א דהבי' מרן ב"י סי' ל"ג מתו' דקאי בשי' הריב"ש ונמצא דרבו החולקי' על הריב"ש ה"ה ר' נתן והרב בע' התרומו' והרא"ש ור' יואל והמפ' דהביא הראב"ד והראב"ד קיימי דלא כסברת הריב"ש ובשי' הריב"ש קיימי הריטב"א והרב הנמק"י ועי' להרב מש"ל שם דתמה עליהם וכ' וזכורני דכמה מרבוותא מסכימים לסברת הריב"ש ז"ל והדבר צריך

צריך הכרע ולע"ע עכ"ד וכבר אתה רואה שאנו בעניו' אלינו לכמה הרבה מרבוותא דמסכימים לדעת אחת ודלא כהריב"ש ז"ל ולפום ריהטא אין אנו יודע מי הם כמה מרבוותא דקיימי כשי' הריב"ש ז"ל וזולת הריטב"א והרב הנמק"י וכאמור ולמודעי אני צריך

כע"ה

וראיתי להרב ש"ך סי' ל"ו סע"ק ט"ו הביא הא' פסקא דדינא של הריב"ש ז"ל דש"ס קל"ה דלירופנו' בעדו' לא מבטל עדו' הנשארי' יעי"ש דהביא סברת הריב"ש ז"ל בלתי שום חולק ואלו לקמן ריש סי' ל"ז כתב הרב ש"ך דגו' בעדות טעם פיסולו משום דחשדא דמשקר ולפי מאי דאסברא לן הריב"ש דהטעם דאינו מבטל גו' בע' עדו' הנשארים הוא משום דאין כאן עדו' ואלו הוא שטעם דפיסול גו' בע' משום דמשקר הו"ל כפיסול בגופן דעברם והוה ליינינן דינא עדו' דבטלה כו' נעלם כולה וכבר כתבתי דמהר"י ן' מיגאש ז"ל תפס ב' הטעמים כללו בשני התירוצים הטעם הראשון מטעם חשדה דמשקר והטעם השני כדאסברן לן הריב"ש ז"ל והרמב"ן ז"ל תפס תירוץ הראשון אשר מהאי טעמא עלה בהסכמה הר' ש"ך ז"ל בריש סי' ל"ו דטעם פיסולו של גו' בע' אינו אלא מטעם חשדה והרא"ב"ל בחי' פ' חזקת תפס הטעם הראשון של חשדה ובתשו' תפס הטעם השני גם הרב הנמק"י ז"ל בחי' לפ' חזקת הביא לשון הר"ן ובפ"ק דסנהדרין כתב הטעם השני וכמו שכבר רמזתי למע' ורב המרחק בין שני הטעמים לפום ריהטא וכמו שיראה המע'

והנה היה אפ' לגדד לפום הני טעמי דכתיבנא מהלו' בירוש' ריש פ' שני דקי' משנה א' וז"ל א"ר אבין בר ר' חייא נראין הדברים במקדש בשטר אבל במקדש בכסף נעשה גו' בעדותו א"ר י' מכיון שהאמינתו התורה אפי' קדשה בכסף אינו גו' בעדותו עכ"ל דכונת פלוגתייהו הוא דר' אבין קים ליה בסברתיה דטע' גו' בע' הוא משום דקרוב פסול מטעם גזרת הכתוב וכסברת הר' הלבוש ומהר"ם מלובלין והגאון פני יהושע ז"ל שם פ' האיש מקדש בסוגיין הן הן שלוחיו בן כן עדיו שהסכימה דעתו לטעמו של הרב הלבוש ז"ל וחלק על טעמו של הרב ש"ך ז"ל יעי"ש בעי"ד הן הש' או נאמר דר' אבין קים ליה בסברתיה דטע' גו' בע' דפסול כטעם השני של מהר"י ן' מיגאש ז"ל ודעימיה ז"ל דלא חל עליו שם עד כלל וא"כ בין לטע' הראשון ובין לטעם השני אין כאן דין עדי קידושין דאי לטע' הראשון הו"ל מקדש בפני עדים קרובים ולטעם השני הא ליכא עדים כלל ור' יוסי בא לחלוק עליו וקי"ל ליה לר' יוסי בדעתיה דטעם גו' בע' פיסולו הוא מטעם דמשקר וכתירוץ הראשון של מהר"י ן' מיגאש ודעימיה ז"ל וכיון דהתורה האמינה דנתנו לה כסף הקדושין ופירש הכתוב משבוע' דנאמנים בדבורם אלא דרבנן רמו עלייהו שבוע' היסת א"כ מאחר דהתורה האמינה דכבר נתקדשה היא מקודשת כך עלה בדעתי וע' לרבותינו בעלי התוס' ז"ל מאי דפירשו ע"ד הירו' הלז וע' בהר"ן ז"ל שם דהביא הירוש' הלז וכתב וז"ל ודברי ר' יוסי מתבין דנהי דמן התור' נאמנים מ"מ כיון דתקון רבנן היסת נמצא גו' בעדותן הם ואפ'

דלהצריכה גט קאמר כו' ע"ל והרואה יראה מריטב"א דלישנא של הר"ן ז"ל משמ' דניחא ליה להר"ן ז"ל סברת ר' אבין דס"ל דאינה מקודשת ואינה צריכה גט ומותר לעלמא ולא פירש לן הר"ן ז"ל טעמו וסברתו של ר' אבין דע"מ וע"מ מיקל ר' אבין במקום ערוה

האמנם אי אמרי' דס"ל להר"ן ז"ל דאפ' לפרש כאשר כתבנו ניח' ואע"ג דהר"ן ז"ל לא ס"ל האי טעמא דקורבא וכמ"ש הרב הנמק"י ז"ל פ' חזקת וכמ"ש הר' ש"ך ז"ל וכנו' אפ' דס"ל להר"ן ז"ל התירוץ השני של מהר"י ן' מיגאש ודעימיה ז"ל לדעת ר' אבין הגם דליה לא ס"ל אלא הטעם דחשדה דמשקר לפום דינא אשר מטעם זה פי' טעמו של ר' יוסי דכיון דמן התורה אינם חשודים דמשקרי אלא הם נאמנים בדבורם דכבר קבלה כסף הקדושין אלא דמדרבנן גו' בעדותן הם ומש"ה פי' דברי ר' יוסי דלהצריכה גט קאמר ולחומרא מדרבנן

ואיברא דמודינא דמשמעו' דברי הר"ן ז"ל הוא דס"ל דגו' בע' פסול הוא מדין תורה מאחר דהוא חשוד דמשקר משום הנאתו ואינה מקו' מדין תו' אשר מטעם זה ניחא ליה סברת ר' אבין ולא שצריכו חכמים להחמיר להצריכה גט אפי' מדרבנן דמוקמינן לה אחזקתא קמייתא דהיא פנויה וגם ר' יוסי מודה ובא לסברת ר' אבין דמן התורה אינה מקו' אלא דחכמים החמירו להצריכה גט מדרב' בעלמא וכפי זה איכא למשמע מינה דס"ל להר"ן ז"ל דגו' בע' פסו' הוא מן התו' אפי' באיסורין ואזלינן לקולא או אפ' דאיכא למדחי דלעולם אימא לך דס"ל להר"ן ז"ל דגו' בע' כשר הוא באיסורין והכא שאני דמסייע לה חזקת הגוף דהיא פנויה ומעיד דהוא גו' בע' בא לסתור החזקה דגופא והרשב"א ז"ל בחי' שם הביא דבריו ה' המגיד ז"ל פ"ג מאסות הי"ו כתב וז"ל ודברי ר' יוסי לא הבנתי ושמא דלהצריכה גט קאמר דהיא מקו' דבר תו' אע"ג דגו' בע' מן התקנה ע"כ ומשמעו' כונת הרשב"א ז"ל נר' דבהא פליגי ר' אבין עם ר' יוסי דבע' גו' בע' הוי פסול מן התורה אשר מהאי טעמ' ס"ל לר' אבין דהכא נמי אינה מקו' מדין תו' ובא ר' יוסי וקא פליג עליה דר' אבין וקאמר בעלמא מודינא לך דגו' בע' פסול מן התו' והיינו דוקא היכא דנגיעת הממון היא ברורה וקיימת ברם הכא לא בריר לן אי הגיעה להו לשהדי הנאה דשמא שפיר קא מסהדי דכבר קבלתה כסף הקדו' אלא דמשקרא ובגל יפלה פיה וגם דמן התו' נאמנים בדבורם לא חשידי אלא דמדרב' חשידי צריכה גט מדין תורה

וראיתי להרב חלקת מחו' ז"ל שם בא"ה סי' ל"ה סע"ק ג' שכת' וז"ל דהדין תמוה למה יהיו העדים נאמנים להצריכה גט מש' אין לך גו' בע' יותר מזה וכו' ומה בכך דמן התו' הם פטורי' משבו' כיון דהם מוכרחים בזה"ז לישבע התורה פסלה עדות כזה יען דצריכים לישבע וי"ל דמ"מ אם יבא אליהו ז"ל ויאמר דהאמת כדברי העדים וכו' הוי מקו' ודאי רק דהאחרון הוא מגידנו דאנו מסופקי' וכו' א"כ מידי ס' לא נפיק ואפ' עוד נומ' דעד ליש

לו הנאה בלבד אינו פסול מן התורה אלא מדרבנן עכ"ל והנה לא ברירא ליה להרב לפום דינא אי נוגע בעדות אף באיסורין אי כשר מן התורה או פסול מן התורה והרב ז"ל לא העלה על שפתיו דברי הרשב"א והר"ן הנז' וע' להרב כ"ש שם ס"ק ג' ודוק והרב תומת ישרים בתשו' סי' ע"ג כתב וז"ל לפי דברי הר"ן ז"ל ר' אבין דפליג עליה כו' מאי קאמר אי מדאורייתא הוי נוגע בעדות זה א"א דשבוע' היא מדר' הוא נוגע אף ר' יוסי מודה ובמאי פליגי כו' וי"ל כיון דנוגע בעדות אע"פ שנגיעתם בעדות הוא מן התקנה פסולייהו מן התורה כיון דכל שבו' בעדות אינו בתורת עדות מן התורה כו' והשתא א"ש פירוש' דר' אבין ס"ל דכיון דנוגע בעדות אינה מקו' כלל והו דתמה הר"ן על ר' יוסי להצריכה גט קאמר מן התורה דנהי דנוגע בע' אינו עד מן התורה היינו בעדות מצד הממון אבל כשנוגע מחמת שבוע' מספקא ליה אי הוי עד מן התורה או לא ולהצריכה גט עכ"ל והבי' דבריו הרב כנה"ג שם בא"ה סי' ל"ה הגב"י יע"ש והנה הרב מודה לן בחדא ופליג לן בחדא דפי' פלוגתייהו דר' אבין ור' יוסי לא פליג בדינא דנוגע בע' דכ"ע ס"ל דפסול מן התורה הגם דהנגיעה אינו אלא מדרבנן פסולייהו מן התור' וזהו כמו שפירשתי הנן בעניותין ופליג לן בחדא דפי' דברי הר"ן דלהצרי' גט דקאמר היינו מספק' דאוריי' יען דהנגיע' אינו מחמת הנאת ממון אלא מחמת שבועה כו' . ואנן בדידן פירשנו דברי הר"ן דלהצריכה גט דקאמר היינו מדרבנן וע' להרב פ"מ על פירוש' שם ר"פ האיש מקדש דהביא דהרשב"א והר"ן פליגי דכפי' דברי הר"ן ז"ל מדרבנן הוא דצריך גט ולמו שכתבתי יע"ש ונמצא דכפי פירוש הרב תומת ישרים ז"ל נוגע בעדות פסולו מן התורה הגם דאין הנאתו ברורה ולא חשידי מן התורה דמשקרי אלא מדרבנן בעלמא עכ"ז פיסולו מן התו' מאחר דאית ליה הנאה ולא פליגי בהאי דינא רבי אבין ור' יוסף וגם שמעינן מזה דלדעת ר' יוסי דפסקו כותיה וצריכה גט מספיקא דאורייתא דלא אהנייא לה חזקתה לפנויה דמעיקרא וזהו שיטת הרב ה"מ ז"ל לתי' הראשון דנו' בע' הוי פסול מן התורה מתורת ס' דאם יבא אליהו ז"ל והמעיין ירא' דשורש הלז דנוגע בע' עמוק הוא וממעתא בעיא צילותא ואין הבנתי מסכים לברר וללבן כאשר עם לבבי וכשתכנה אשנה (?)

ואיך שיהיה הדרן לספיקו של מהרי"ב ז"ל הנז"ל ולפום ריהטא למודעי אני צריך כונת מהרי"ב ז"ל בבתי דבריו הישרים דהנה הנם סתומים וחתומים וכבר מצאתי ראיתי לאחד קדוש ז"ל מדבר בכ"י נגילין מהרי"ב וז"ל בקילור והנרא' בכונת דבריו . דאי אמרינן דנוגע בעדות דטעמא דפסול מן התורה הוא משום גזרת הכתוב א"כ גבי מעיד לחבירו דלא שייך בעדותו כלל אלא להייב לראובן או לשמעון אפילו נטל שכר להעיד אין כאן קורבה בגוף העדות ולא שייך לפוסלו אלא משום קנס דמנה אני בתיבס (?) מאי אמרת אפילו דמעי' שקר

כדי להרויח לפי דרך זה אין פיסול לנוגע בעדות מן התורה משום חשדה כלל וכיון דבגוף העדות לא נקרי אדם קרוב א"ע כשר מן התורה ומש"כ הרמב"ם ודברים אלו תלויין בדבר הדיין כו' היינו לידע אם יש לו בגוף העדות חלק ונהלה באותו עדו' ולפי דרך השני דנוגע בע' פסול דשמא יעיד שקר כדי להרויח אותו ממון הוי בין דשייך באותו עדות עצמו בין דשייך לו הנאה מבחוץ דלשנוטל שכר הרי חיישינן דמשקר כל הנוטל שכר להעי' וזהו כונת הרב ז"ל לפי שיטתו אלא שדבריו אינם נכונים כו' עכת"ד בקילור של אותו קדוש מדבר ז"ל ועי' להרב מהרח"ש ז"ל בקונט' עיגונא ד"ד ריש ע"ג שכתב וז"ל ומה שנראה בתחילת העיון כו' יע"ש . שהוא החילוק דפירש האחד קדוש ז"ל ואם כן מה בא הרב מהרח"ש ז"ל להוסיף ע"ד מהרי"ב ז"ל . ולדידי כונת מהרח"ש ז"ל היינו ניהו דבא לפרש דברי הרב מהרי"ב ז"ל וכמו שפירשם האחד קדוש ז"ל ואין כונת מהרח"ש ז"ל פירוש מצד עצמו ולהוסי' על דברי מהרי"ב ז"ל ועיין להרב גט פשוט סימן ק"ך סע"ק ח' דפירש כונת מהרי"ב ז"ל בפשיטות כמו שפירשם שאחד קדוש ז"ל והביא דברי מהרח"ש ז"ל הנז' ותמה עליו דמה חידש ע"ד מהרי"ב ז"ל ועיין להרב הנז' בספרו עזרת נשים די"ו ע"א שהביא דברי מהרי"ב ז"ל הנז' ותמה על דברי מהרח"ש ז"ל יע"ש ועיין להרב שונה הלכות הל' בכורות דנ"ה מה שהליץ בעד מהרח"ש ועיין להרב בתי כהונה ז"ל ח"ב סימן כ"ו דס"א ע"א

באופן דנוגע בע' דנוטל שכר הרבה ואינו שכר בטילה דהיינו דבר מועט אבל אין לו חלק ונחלה בגוף העדות עצמו פיסולו הוא מדרבנן לפי דרך הראשון ולפי דרך השני כל היכא דאי נוטל שכר בטל' דהיינו מועט ונוטל שכר פיסולו מדאורייתא וכבר מהרח"ש ז"ל שם כתב דמה שלא נסתייעה מהרי"ב ז"ל מתשו' הרשב"א ז"ל היינו טעמא דהרשב"א ז"ל מיירי בנוטל שכר טורחו דוקא אבל הרי"ב ז"ל איירי שנוטל ש"ט יותר מדאי בהא דאיכא למיחש דילמא משקר אפי' נטל כדי לילך וזה פשוט עכ"ל . ולפי מאי דפשיטא ליה להרב מהרח"ש דאפי' ש"ט של הליכה אסור משום טעמא דמשקר א"כ דברי הריטב"א ז"ל שכתב בחי' לקידושין המובאים למעלה דכתב שמותר לעד ולדיין ליטול שכר הליכה יע"ש היינו דוקא שאינו נוטל יותר מדאי וכן מה שכתבו להתיר הרב כ"ש וה ד"מ ז"ל ליטול לדיין שכר הליכה כנז"ל היינו נמי בכה"ג ומה שנסתייעה הרב כ"ש ז"ל מעדו' הרבנים רבני שאלוניקי יע"א דהיו נוטלים שכר ההספקה מטעם ש"ט ההליכה כו' יע"ש היינו נמי דהיו נוטלים שכר ההספקה כנהוג דאינו יותר מדאי ומ"ש הרב שע"ה פ"ה מאישות כנז"ל דהתיר בשכר הבאה ליטול אפי' שכר בטילה דלא מוכחה יע"ש היינו נמי כשאינו יותר מדאי

ונראה דיש לדון היכא דר' נוגע מש' ש"מ וראובן היה חייב ללוי ואין ידו של ראובן משגת לפרוע ללוי ובא לוי לפני ב"ד והעיד אך ש' חייב לר' וע"י זה מלא לוי ב"ח של ראובן לגבות חובו כה"ג חשיב דיש לו חלק ונחלה בגוף העדו' והוי נוגע בעדות הפסול מן התורה אפי' לפי תי' הראשון של מהרי"ל אשר לפי זה יש לעמוד ע"ד הר' חק"ל ח"ם סי' י"ד דנשאל אי בעדות אשה שמת בעלה אי מהני נוגע בעדות כגון דזה המעיד חייבת לו האשה ואינו יכול לגבות חובו כי אם לכשתנשא כאו' אי נאמן או לא והביא הרב תשו' מהרי"ל ז"ל הנז"ל דאסברא לן השתי דרכים הנו' יע"ש והראה ירא' דנדון הרב חק"ל לא שייכי ההפרש וההבדל דאיכא בין ב' הדרכים וכאמור

אתאן לקמייתא דלפי מה שכתבתי אי ימלא פיו ולשונו לומר לצרף לסופר דוקנא המיוחד לבי דינא עם השני הדיינים לדון ולעשות משפט בין איש לרעהו ולאחר גמר דין הסופר דהוא הדיין יעיר קנ"ו בקן קולמוסו לבא נמלכת הכתב' דבי דינא ולבא בחתימת ידו נמוחב חלוחא אנהגא בי דינא כו' ואח"ך הוא בא בשכרו של הכתיבה ונוטל שכר שאינו קצוב דכפי מה שכתבתי חורה יולא' דלאו שפיר למעבד הכי תכמה טעמי באמורים למעלה ובהיותי עוסק במלת' כדנא כאמור עמדתי מרעיד לפום ריהטא ולבי נוקפי על מאי דנהגינן אנן בי דינא ומעשים בכל יום בעידי הגט והשליח דנוטלין עידי הגט שכר החתימה דבר שאינו קצוב וגם שליח הגט המעיד ובא בפני נכתב כו' נוטל שכר דבר שאינו קצוב

וב"ת דהשליח שכר הולכה הוא דנוטל וכמו שהתירו הרשב"א והריטב"א ז"ל ופסקו כן להלכה ולמעשה הרב כ"מ והרב גנו ז"ל כנז"ל הלא כבר כתבתי דכבר הלקו עליהם הרב פרי האדמה ז"ל ודעימיה דלא התירו הרשב"א והריטב"א ז"ל ליטול שכר הולכה אלא דוקא משניהם ולא מאחד מהבעלנד וגם לגבי עידי הגט הגם דנאמר דשכר בטלה הם נוטלים כבר ידוע לן דהני עידי הגט המיוחדים לן לא עסקי בשום עסק מדלית איסר ונודדים ללחם והנה הנה בטלים ומבוטלים והם נסמכים עליה דידן כידוע וא"כ על מה אדניה הוטבאו מנהג כזה מאחר דכבר אסברא לן הרב בא"ו ז"ל הב"א דבריו המרדכי הובאו דבריו במרן ב"י ס"ס ק"ל וז"ל לא יטלו עידי הגט שכר אלא א"כ שכר בטלה דמוכח כדאית' כו' גבי קרנא דכי היכי דהנוטל שכר לדון דיניו בטלין ה"ה לעדו' כו' יע"ש ופסקו מרן בש"ע שם סעי' כ"א יע"ש הרי דסגרו לנו את הדלת ופסקו בפשיטות דאם עידי הגט נוטלין שכר בטלה דלא מוכח עדותן בטלין וא"כ על מה אנו סומכין להתיר במקום ערוה בהני עידי הגט דנוטלין שכר הגם דלאו בעלי מלאכה נינהו כמו שידוע

ואיברא דהרב ר' עובדיה פ"ל דנכורו' קרא תגר על רבני אשכנז דהיו נוהגים להתיר לעידי הגט ליטול שכר הרב' דכל לגבי דידי' עדותן בטלים יע"ש וגא רעהו הרב ת"ט ז"ל ולמד סנגוריא עליהם לשפיר קא עבדי דכן מחברר מתשו' הרשב"א ז"ל הנו' דמי שאינו מחוייב להעיד ונוטל שכר לילך ולהיות עד אינו נכנס באיסורא דמתני' יע"ש הנה הרב עמד בפרץ למליץ טוב על רבני אשכנז דלפום דינא שיו עושין להתיר ליטול לעידי הגט שכר הרבה אע"ג שאינו שכר בטלה מטעם דפשיט ליה להרב ז"ל בדברי הרשב"א דשהתירו הוא אף בשכר דיותר מדאי מאחר דהוא שכר הליכה להיותו עד בדבר ולפום ריהטא פליג על סברת מהרח"ש דפי' דמאי דהתיר הרשב"א ה"ד בנוטל ש"ט אבל ביותר מדאי אסור משום חשדא דמשקר הגם דמה שנוטל הוא כדי לילך וכתב דבשיטה הלזו אזיל מהרי"ל והנס דהרב מהרי"ל ה"ד סי' ך' נשאל על שליח הגט דנטל שכר אם יש לפוסלו משום דנוטל שכר להעיד דאסור וזה השליח לריך שיאמר בפני נכתב כו' לזה השיב הרב ז"ל ע"פ תשו' הרשב"א ז"ל הנו' דאסברא לן דשכר הליכה לא אסרו במתני' כיון דהשליח אינו מחרלם לשעבות שליח מתחלם אם לא ע"י נטילת השכר דקלב דכך מתנה מנאי בתחלם יע"ש והרב מהרי"ל ז"ל לא הקר ולא דרש עד היכן הגיע שכרו של השליח אם מעט ואם הרבה דעל קוטב הלז תלוי ההיתר אם היה התנאי דוקא ש"ט ולא יותר אם לא שנאמר לכאורה דפשיט לה להר' מהרי"ל דהיכא דהשכר הוא שכר הליכה אין איסור בדבר דאפי' דהשכר יותר מדאי מותר וזהו כסברת הרב ת"ט ז"ל ודלא כסברת מהרח"ש דכתב דמה דלא נסתייעה מהרי"ל מתשו' של הרשב"א ז"ל הוא מטעם דמפרש תשו' הרשב"א ז"ל דלא התיר הרשב"א דהיכא דנוטל שכר הליכה דמותר היינו דוקא בנוטל ש"ט דוקא ולא יותר דביותר אסור

וב"ת דעד שאתה מתמיה על דברי הרח"ש תקשה לך דברי מהרי"ל ז"ל המוצגות לך שתי תשו' הללו של מהרי"ל דהלא בתשו' דח"ז אסר היכא דנוטל שכר הליכה הגם יותר מדאי ואלו בה"כ מהרי"ל היתר שכר לשליח מאחר דהוא שכר הליכ' מדלא בא על שפתיו שפתי לדיק עד היכן הגי' שכרו ואיברא דאחר התבוננות עלה על דעתי דעת הדיוט לפרש דרב המרחק דהתם בה"א שאני דהשכר דנטל השליח היה דקבל עליו השליח לחפש ברחובות קריה ובמקומות מרחקים אולי ימלא שיתר לאותה עגונ' והלקובת השליח ואייתיה גפיו מלא בגו' דשמע מפי גוי מל"ת כו' דהביא' מפיו אנו חיים דישנו תחת האפ' דמשקר וה"נ דאלו היה השליח מביא בידו איזה כתב ומכתב מאיזה ז"ע מגיד אומר מהיתר העגונא אוי היה מתיר הרב מהרי"ל ז"ל לשליח ליטול יותר מש"ט מאחר דאין כאן חשדה דמשקר דלא מפיו אנו חיים וכההיא דח"ד דעיקר היתרו מטעם דאייתיה בידיה הגט דלחוב נגויה שם המגרש ושם המתגרשת עלמא אלא דמשום חששה דילמא דנכתב שלא לשמה אתה בא לומר דיש לחוש דילמא משקר ומעיד ובא לומר בפני נכתב כו' בכה"ג פשיט ליה למהרי"ל דלא חיישינן לשקרא מאחר דלאו מפיו הנו חיים ודוגמא לזו ראיתי למהר"ם מלובלי' בתשו'

בתשו' סימן נ"ו דנדון הרב היה דהשליח הלך והיה ואייתיה בידיה כתבים מעדויות העגונה ועל דבר זה נשאל הרב ז"ל כיון דהשליח נטל שכר על שליחו' הו"ל כנוטל שכר להעיד לזה השיב הרב ז"ל דמותר מתשו' הרשב"א ז"ל דבשכר לילך ולהיות עד אינו בדין וכו' יע"ש . ופשתא אמאי לא חקר הר' עד היכן הגיע שכרו של השליח אי הוה ש"ט דוקא דזהו עיקר טעמו של היתר אם לא שנאמר כמו שכ' בעניותין דבדבר דלאו מפיו אנו חיים אלא ע"פ הכתבים והעדויות היוצאים מתחת ידו של השליח אזי ליכא למיחש לשקרא וזהו מה שעלתה דעתי דעת הדיוט ליישב הני שתי תשו' של מהריב"ל ז"ל

ואחר החיפוש מצאתי להרב ג"ש ז"ל בסי' ק"ך שם דעמד הרב ז"ל בהני שתי תשו' מהריב"ל ז"ל ויכנס מעין מה שכתבתי והרב לא רמז לן תשו' מהר"ם מלובלין ז"ל הנז' האמנם בספרו עזרת נשים שם די"ו ע"ב הביא תשו' מהר"ם ז"ל יע"ש אלא דיש לדקדק על הרב ז"ל דהצריך עיון לע"ת וע"מ לא חקר ולא דרש עד היכא הגיע שכרו של השליח אססיה דוקא ש"ט להו יותר דאז איכא למיחש דילמא משקר יע"ש ואף מש"כ אין כאן בית מיחוש מאחר דנדון הרב מהר"מ ז"ל לאו מפיו אנו חיים אם לא ע"פ הכתבים והעדויות דאייתיה בידיה וכאמור וזה גרם להרב ג"ש ז"ל דבנה יסודו מהגט וכו' דהכתב של הגט מוכיח וכו'

ועל פי זה שכתבתי שדעת הרב מ"ט ז"ל הוא להתיר ליטול לעידי הגט שכר יותר מדאי כל היכא דהוי שכר הליכה וסמוכות שלו מכח תשו' הרשב"א ז"ל הנז' אשר מטעם זה הוא המליץ טו' בעד רבני אשכנז ז"ל דשפיר הוו עבדי להתיר בעידי הגט ליטול שכרם יותר מדאי א"כ אודא לן מה שכידדנו למע"על שנראה של הרבנים הר' ג"ש והר' ד"מ ז"ל דלא התירו ז"ל אלא שכר טורחו הגם דהוא שכר הליכה דהא לא אפשר דהא כל סמוכות של הרב ד"מ ז"ל נמי היינו מדברי הרב מ"ט ז"ל דהבין בתשו' הרשב"א ז"ל דמותר שכר הליכה והיינו אפי' דהשכר הוא יותר מדאי וכאמור

ובי אימא ויל לאידך גיסא מנא להו להרבנים ז"ל דמאי דהתיר הרב מ"ט ז"ל שכר הליכה אפי' דהוא יותר מדאי הוי לכל מילי דילמא אין היתרו של הרב מ"ט ז"ל אלא דוקא לגבי עידי הגט דליכא למיחש לשקרא ועלה קאי היתרו של הרב מ"ט ז"ל הא לא תכרעה דהגם דה' מ"ט ז"ל על דינא דעידי הגט קאי מ"מ כל אילים של הר' מ"ט אינו אלא מתשו' הרשב"א ז"ל והרשב"א ז"ל דהתיר לאו בעדות גט קמיירי אלא בכל מילי קאמר וכס' הרבנים ז"ל

באופן דתלתא כדנא בשכר טירחת הליכה אם מעט ואם הרבה מחלא תליא במחלו' גדולי האחרו' ז"ל בהבנת תשו' הרשב"א ז"ל אמאי דמתיר הרשב"א שכר הליכה הוא דוקא ש"ט ולא יותר או אפ' דמאי דמתיר הרשב"א הוא אפי' יותר מש"ט דלדעת מהריב"ל ומהר"ם הוא לאסור יותר משכר טורחו מטעמא דאיכא למיחש דמשקר ודעת הר' מ"ט ז"ל וסר' כ"ש והר' ד"מ ז"ל להתיר וכמו שכתב הר' ד"מ דשכר טירחה שליכה הותר ודוק' גבי דיין הוא דנאסר שכר טירחה דהיינו שכר טירחה מטורח הדיין לנקש הדין בספרים כו' דאינה שכר הליכה יע"ש והילך לשון רש"י ז"ל במ"ק דהביא הר"ב בא"ז שם פ' שני דייני גזרות דל"ד ע"ב מן הס' ד"ה אטו כו' וז"ל וקרנא לאו בתורה הכי הוה שקיל אלא אגר טירחא הוה שקיל דהוה טרח למסבר סברא ולעיין בדינייהו כו' דיניו בטלין כלו' אין דינו דין אגר דינא אגר טירחא דעיון הדין כו' יע"ש הרי דאסברא לן רש"י דאיסור טירחא דדינא היינו לעיין ולהוציא הדין דטרח הדיין בגופיה למסבר סברא ולהוציא ההלכה לאורה וזה לכאורה כדכתב הרב ד"מ וכאמור

ועל פי זה דהכרחנו דמאחר דכל אילים של הרב מ"ט ז"ל אינו אלא מתשו' הרשב"א דהותר שכר הליכה הגם דלא הוי עדות בענין גט ועיגונא מינה נמי דהמ"ט ס"ל דמותר שכר הליכה בכל מילי א"כ מהאי טעמא גופיה אודא לן נמי מאי דהוכרחנו למע' דמהריב"ל ז"ל דאסיר אם מעט ואם הרבה בתשו' מח"ד היינו מטעמ' דמיירי בעלות גט אשה דלאו מפיו אנו חיים משו"ה לא חקר ולא דרש בשכר השליח אם מעט ואם הרבה אבל היכא דליכא האי טעמ' דהיינו בשכר הליכה דעלמא אינו מותר אלא ש"ט דוקא ולא יותר מטעמ' דאיכא למיחש לשקרא וכתבנו סמוכות שלנו מדברי מהר"ש ן' חביב ז"ל וכאמור

האמנם אמינא ולא משתפינא דאמת יהגה חכי דכל מה שלידלתי כיה היה בלתי ראות עיני תשו' מהריב"ל הנז' בח"ד בשורשן גרס בתר דראיתי דברי מהריב"ל דנזדמן לידי לפי שעה שנתי וראיתי דאין לחלק כן אלא בכל גוונא מתיר מהריב"ל ז"ל הגם דעיקר שאלת הרב לא היה אלא לענין שליח גט והוא דהרב השיב וז"ל אינרא דהרשב"א כו' וכיון זה השליח כפי דברי השואל הקנה בתחלת שליחותו בשכר כו' מלתא דפשיטא היא דנאמן במה שמעיד בפני הכתב כו' ומטעמא אחריתי נמי דנראה דמה שאמרו דעדותיו בטלין היינו מדרבנן ואני כתבתי כזה בנדון פסק בס' הפסקים והפסולין דרבנן הם כשרים להביא גט עכ"ד . הרי דכל אילים של מהריב"ל ז"ל להתיר שכר הליכה הוא מתשו' הרשב"א שלו ודברי הרשב"א דמתיר שכר הליכ' לאו לעידי גט אמרה ומטעמ' דלאו מפיו אנו חיים אלא אף בשכר הליכה דכל מלי אמרה ועל תשו' הרשב"א הוא דבנה יסודו הרב ז"ל וכבר כתבנו דמלא חקר הרב שכרו של השליח אם מעט ואם הרבה דעל קוטב זה מתלא תלי היתר מוכח דהבין הרב בדברי הרשב"א דבכל גוונא הוא מתיר הרשב"א ז"ל וכן יש להוכיח דתשו' מהריב"ל הנז' אפי' בשכר הרבה מיירי דהא כתב הר' ז"ל ומטעמ' אחריתי כו' ואני כתבתי בס' הפסקים וכו' והיינו מה שהאריך בח"א סי' הנז' ז"ל דלפי דרך הא' אף דנוטל העד שכר הרבה אין פיסולו אלא מדרב' ולפי דרך הב' כל היכא דנוטל שכר הרבה פיסולו מדין תו' ומאחר דהרב ז"ל הכא בח"ד רמז לן הדרך הראשון

הא' דיותר משמ' ליה להר' ז"ל הדרך הא' א"כ הינה שמעינן דאף בשכר הרבה מיירי ועל זה קא פסיק ותני להתיר מחשו' הרשב"א ז"ל ומתילא אודא לן מש"כ למע' ע"ד חשו' הלזו דלא התיר מהרינ"ל ז"ל אם לא מטעמ' דלאו מפיו אנו חיים דליכא טעמ' דמשקר הא בעלמ' לא משו' דאיכא חשדה דמשקר וכבר ראיתי דהאי טעמ' דאיכא חשדה דמשקר אינו אלא לפי יסודו של טעם הב' אבל לא לפי הדרך הא' וכיון דליכא סתירה מתשו' הלזו של א"ד לתשו' מה"א מינה דאודא לן הסברה דדוקא בעידי גט או שליח גט הוא דהתיר מהרינ"ל ז"ל ומטעמ' דלאו מפיו אנו חיים וכל זה דלא כהר' מהר"ם ן' חביב ז"ל

וכן מה שלידדנו למע' על חשו' מהר"ם מלובלין ז"ל דלא התיר אלא בעידי גט ושליח גט דלאו מפיו אנו חיים לדידי אין האמת כן דהא כל חיליה של הרב ז"ל אינו אלא מתשו' הרשב"א ז"ל וכמו שכתבנו ע"ד הרב מהרינ"ל והר' חיי"ט ז"ל ויש נסייע קצת האי פירושא דכתבנו ע"ד מהר"ם מלובלין ז"ל דאי טעמ' של הרב ז"ל משום דלאו מפיו הנו חיים א"כ הא בעלמ' איכא למיה' לטעמ' דחשדה דמשקר שמעי' דס"ל דמהר"ם ז"ל דפיסול גו' בע' להו מטע' דקיוב ומשום גזרת הכתוב וכבר כתבנו למע' דמהר"ם מלובלין ז"ל קאי בסברת הלבוש ז"ל דפיסול גו' בע' לא מטעמ' דחשדה דמשקר הלא מטעם גזרת הכתוב וכמ"ש הר' ב"ך ז"ל דהר' הלבוש ומהר"ם מלובלין ז"ל קיימי בסברא אחת א"כ היכי אפ' דמהר"ם מלו' ז"ל בתשו' הלזו הדר מתמ"ש נחי' דגו' בע' פסולו הוא משום גו"ה דאומנם אי כונת מהר"ם מלו' ז"ל בתשו' הוא כמש"כ דלאו מטע' מפיו אנו חיים אלא מטע' דשכר טורח עמלו הוא דקא שקיל וכהורתו של הרשב"א ז"ל א"כ מה ענין גזרת הכתוב לאסו' שכר עמלו עד הפי' שכר הרבה דבכקהוא מתרצ' לילך ולהיות עד

ואיברא דהוזה יראה בת' מהרינ"ל בח"ד נו' דנקט בלישניה דהשליח כפי דברי תשואל בתחלת שליחותו התנה בשכרו כו' יעו"ש דמריהט' דלישנא משמ' דכל היכא דליכא תנאי בשכר טורח הליכה אסורותא לא מכרעה דהאי דכתב הרב ז"ל לגלות אזן דמנא ידעינן דהעד הזה לא נתרצ' להיות עד בדבר אם לא דמתנה ומגלה דעתו מתחלה דלא עלה במחשבתו להיותו עד אם לא ע"י קבול שכר דוקא וזהו תכלית המבוקש של התנאי וכן נר' מלשון הרב מהר"ם ן' חביב שכתב שם וז"ל גם ליכא לפוסלו משום מה אני ברנש כגון שמתנה מתחילה קודם שיר' העדות דרוצה ליקח שכר כ"וכ כו' ומהאי טעמא שרי להו לעידי הגט ליקח מה שרוצים לחתום בגט משו' דהם מתנים ליקח עחם ירחו העדו' כו' עכ"ל הרי דהרב ז"ל דייק בלישניה דהתנאי הוא קודם שיראה העד העדות וקודם שרוצים עידי הגט לחתום בגט כו' דמפורש הדבר דבעינן גילוי דעת העד דלהכיהו קא מכוין וגרמי כסף הוא דקא מתרצה להיותו נוכן להיות עד והכסף יענה את הכל וכך הורהייהו דאינשי למימר וצרת הכסף בידך וקמת ועלית אל המקום אשר יאמרו אליך באופן דהקפדת התנאי

אינו אלא כדי שיהא ניכר לעין כל דאינו מתרצה להיות עד ושומע מילתא דאתיא לבא להעיד בב"ד אם לא בשכר כף אחת עשרה זהב מלאה וא"כ לא בעינן דוקא תנאי גמור ובלתי תנאי אסור אלא כל היכא דגלוי לאומדן דעת דעלמא דלהכיהו ולטובתו קא מכוין סגי

א"כ אם כנים הדברים אשר כתבנו דכונ' התנאי אינו אלא לראות דאין העד מתרצה להיות מוכן ומזומן לראות הדבר ולשמוע הענין ולהיטפל בדבר ולבא ולהגיד לפני ב"ד מה שראה או מה ששמע אם לא בענו' הנאה ממונשקלא לו הקורא או מה שנוהגין לתת לו ליצד דעי"ו מתרצה ומהכיים להיטפל ולילך אל המקו' אשר יאמר אליו א"כ אשכחנ' לן פתרי למאי דנהגינן דור אחר דור להני לעידי הגט ולתת להם שכרם משלם בעד מה שמעכבין כתי' הגט והאי' הגט דאין מתנים שום תנאי קודם נואם לסדור הגט והכתיבה לקבלת השכר מה הוא והגם דנקיטאן דהאנשים הללו אינם בני משא ומתן ומקונינהו אלא זה אנשים שלמים הם למילי דלבור' וגם במילי דגיטא וכיוצא בכלל ואולי יביאו טרף לביתם ועיניהם תלויות כעיני עבדי' אל יד אדוניהם שלעיני הרב שמסדר הגט לרור הכסף הבא לידו אם מעט ואם הרבה בכל כה"ג נראה דאין לך תנאי גדול מזה ולא בעינן דינטו שפתם ליפנא דהנאי דוקא והגם דהני אינשי לאו בעלי מלאכה נינהו מכל מקו' כשרים וכמ"ש בהדיא מהר"ם ן' חביב ז"ל וז"ל דכל היכא דנוטל שכר כוח להיות עד ולהיטפל בענין ודאי דבדידיה תליא מילתא למימר איני רוצה לטעל דהעד הוא גברא דלית ליה שום מלאכה מותר ליטול ואפי' דהוא שכר הרבה ומ"שמרן בש"ס ק"ל דעידי הגט לא יטלו כו' היינו אחר דידעו העדות דאז מחוייבים להעיד ואינם יכולים ליטול שכר יותר משכר בטלה כו' וס"ד דהכלל העולה כו' דלדעת כמה פוסקים היכא דאינו רוצה להיות עד יכול ליקח כמו שירצה כו' כיון דאינו לוקח השכר בעד ההתימה גופא או בעד עדותו אלא מפני דרצה להיטפל להיות עד בדבר כו' יעו"ש וע' למהר"ם שועלק בס' ג"ת סי' ז' סעי"ג דהבי' לדברי הרב ז"ל הללו בשב"י יעו"ש

באופן דלפי מה שכתבתי במקצוע הלז דהיינו בשכר טירחת הטניכה הגם דהוא יותר מדאי אין לחוש מאחר דרבים ונכבדים לא המו בדבר ה"ה מהרינ"ל ומהר"ם מלובלין והר' חיי"ט והרב כ"ש והרב ד"מ והרב ג"פ והרב ג"מ ז' עיני העדה כולם הסכימו דליכא למיחש כל היכא דהשכר הוא שכר טירחה כאשר הבינו בתשו' הרשב"א וכ"ש בעידי הגט ושליחות הגט דאיכא אנפ' דסתירה עדיף יותר ולהו מפיהם אנו חיים וכאמור ואם כן הגם דקבלנו הוראותיו של מרן להחמיר וכ"ש בדבר ערוה כפי מ"ש ליכא למיחש במילתא כדנא ואפילו מרן מודה ומה גם דהכי כשטה הבורחה והגם דה' מהרי"ק בפי' ...ה"ב ... דהמ"דעי ... בליג על כלל זה דהרשב"א ז"ל וס"ל דיש להחמיר בעידי חתימה או בעידי מסירה כו' כ"מ כבר כיים הרב ז"ל דכבר פשטה ההוראה להקל יעו"ש ומשם הלכון

הלשון משמע דעל הכל קאי כמו שירא' המעיין וע' להרב קול ב"ל סי' ה' דגם הרב ז"ל נשאל על נדון הרב ב"כ ז"ל וע"ש דע"כ ע"א ד"ה ואיך כו' דמתברר מדבריו דמאי דלא סמך על תשו' הרשב"א היינו טעמ' משום דלא היה בירור במאמרו של בעלים דקודם השליחות תבע שטר הליכתו כו' אשר מטעם זה חשש להחמיר הרב ז"ל

המורם מכל מה שכתבתי למאי דאתאן עלה לענין בירו' של ספרא נבר'א שמוכן ומזומן שם בבי דינ' דלאו שפיר למעבד הידון עם השני הדיינין העומדים שם בבית הוועד ואחר גמר דין יעיר ק'נו קן קולמוסא לבא במכתב הספקא דבי דינ' מאי דעלתה הסכמתם של השלשה דיינים ונוטל שכרו מהטעמים שכתבתי ומהודעני' דבעוואדי עסוק בפרט הלז שלא אלי חד מן חבריי' ה"ה הח' הש' הד"הם כמה"ר יוסף אלפ'אנדארי נר"ו קונט' אחד שנשא ונתן בפרט הלז ועלה בהסכמה להתיר לירו' הסופר לדון הגם דהוא בא בשכרו ואנן כבר כתבנו בעניותינו דלדעתי אינו כן ואסיר למעבד הכי ולא שמעינן ליה בדבר זה דהדברים נוגעים לו כנודע והבוחר יבחר כנלע"ד כתבתי והחתמתי שמי

הצעיר **אליעזר די טולידו** הי"ו

סימן קיב

נשאלתי מאת מארים דאתר' עיר ברוס'ה יע"א הרב המובהק מאיר כבדק כמהר"ר אליהו יוסף שלטון נר"ו על ר' ושמעון שהיו שותפין ובזמן הפרוד יעמדו להשבון וטיהרו החשבון הלק היטב ונתפשרו ונשתלמו אלף גלד וכתב ר' לשמעון שותפו שטר מחילה ופטורין כתח"ל וזה נוסח שטר המחילה לפנינו עדים החי"מ בא ר' כו' והודה הודאה גמ"וק כו' איך נטל וקבל כל זכותו מקרן וריוח במשלם שהיה לו ביד שמ'בין מתנות עשות' ובין נוחמות משא ומתן שהיה ביניהם קודם השות' עשפ"א ולא נשאר לו ביד שמעון לא ממונ' כו' וכך אמר ר' לשמעון יודע אני בבירור כו' ואע"פ כן מחלתי אותך לך מחילה גמ"וק בעין יפה כו'ומ"ומ בטלתי כל טענת אונא' ומודע' ושכחה כו' וכל כתב ומכתב אשר יצא מתחת ידי לבטל ולהחליש כח שטר מחילה דנא לכולם בטלתי אותם ביטול גמור לגמרי כו' ומ"ות נתחייב ר' כו' סך חמשת אלפים גרוש לשמעון חיוב גמור כתח"ל וזמן הפרעון נתחייב לפרוע בפרק וזמן שיערער ר' כו' על המחילה דנא בכולה או כו' ואפי' שיהיה ערעור ההוא ע"פ הדין ובין אם הערעור ההוא מחמת מודעה או טענה אחרת הנה בו בפרק היובא רמיא על ר' לשלם במיטבא לשמעון כל הסך הנז' בשלימות כו' וכך אמר כו' שט"ד כתבוהו בשוק' כו' ובפי' קבל עליו חברת הפוסק כו' ואפי' כו' ולקיום כל הנז' קנינו כו' וגם נשבע ש"א ע"ד המב"ה וע"ד הנב"א לאשר ולקיים כל שכתוב בשט' זה מראש וע"ש בביטול כל מודעי ע"ש ובפיסו' עדיכן לדעת הרשב"א ז"ל והיה פה ברוסא יע"א כו' והחתמי עליה עדים כשרים ומקויים בתנפק דבי דינ' ע"כ נוסח השטר המחילה והנה בעתה בא ר' המוח' לערער על המחילה הלז באומרו שבו בפרק היה אנוס שקלת סחורות שנשארו בשות' לחלק ביניהם היו ת"י ורשות ביד שמעון ומפני שלא היה רוצה ליתן לו את חלקו בעבור זו נתרצה בשטרה הנז' אונס כבר מסר מודעה על דנא מתגם שאמר לקלת אנשים דעו אחי קומו ב'ו אקורטאר חשבון עם שמ' קי אנפי שאב'י קי טודו לוקי ארי אי אטורנארי נו אים מי רצון פורקי סי אנוס אי טודו לוקי מי ארזן אי אטורגארי טודו אים נאדה ווסי תופיו'העדו'שאו' בע"פ ושמ' טען כי ח"ו לא עלה ע"ד מעו' לגזול את ממונו אלא שהיה ביניהם הפרשיות ע"ע השות' והרי הוציא סופו על תחילתו דכיון דנתפשרו על ידי המתווכים ועברו חש' השות' מסר בידו את חלקו

והנה על שאלה הנו'שרטט וכתב הרב הנו' הוא הרא"ש נר"ו דהמודעא מגן שויא והמחילה קיימת כראי מולק מהטעמים שכתב בקונ' הנהיר וכמו שאכתוב לקמן בע"ה האמנם כתב וז"ל והנה פאן נמלא חד מן קמיא הר' המוב' בכור קרייה רהמנא ובשומעו דברי ראובן ההוא אמר דבגילוי מלתא דגילה דעתו בפני עדים שאינו מוחל די בזה והשטר מחילה לאו כלום הוא והטעם הוא דכיון דאמר כדברים הללו קי טודו לוקי ארי כו' אי טודו לוקי מי ארזן פו' הרי הכל כלול בדברים הללו ומתבטל כל הכתוב בשטר המחילה ביטול במודעות ומו' דמו' ופיסול העדים וגם את החוב שנתחייב אם יערער כו'ואפי' אסיא עסק שבועה בדבר לאו כלום הוא דהכל מתבטל בדברים הללו שדבר ע"כ דברי הרב המורה הבכור נר"ו

והנה קמי שמיא גליא ויאודם וישראל כל העם מקלם ידעי וגדולה ראיה איך לא נתנוני השב רוחי עול הבכור השתרגו עלו על צווארי כמשא כבד ודין גרמא לבא בקצר אמיץ ודחקתי את עצמי לעשות רצון צדיק כי בחלה נפלתי ואף כי מן הראוי היה לאנוע מלבא בדברי' שנכתב יען מלכים מדיינים זה עם זה ובפרט ריב לא ידעתי אחקרהו כי לא נתגלה לנו השמועות שלו ומהיכן ינאו מים חיים שלנ תורה דילים אלא חוקה חקק גורה גור דנראי ליענא שאמר לעדים דעו קיטודו לוקי ארי אים סינטי רצון פורקי סו אנוס וכו' אי טודו לוקי מי ארזן אים נאדה כלל בגויה דלבר גילה דעתו שהוא אנוס ואינו מרצונו וגם כליל בגוים דמסר מודע' אף על הביטולין ואף על החרמות והשבועות דבאו להחזיק השטר מחילה ולא אהניא דבור האחרון לבטל את דבור הראשון והמודע' קיימת הגם דנפיו אנו חייםולידי אינן אלא דברי תימה לפום ריהטא דהא כבר אסברא לן הרא"ש ז"ל כלל נ"ב סי' ה' הביאה מרן ב"י ז"ל ס"סי כ"ה

דאורחא דאינשי דכל שהוא תובע מחברו יותר ממה שחייב לו אם חברו מכחיש ליה בכל מכל כל וכיוצא מחמת התובע ליטול את שלו וזכותו דוקא גם הוא חבירו מודה ובא לתת לו מה שבידו דאין כונתו לגזול מה שאינו שלו אלא מאחר דבא עליו בעקיפין גם הוא בא עליו בעקיפין

ע"ד עם עקש וכו' וכתב שם הרא"ש ז"ל ונדון זה דומה לכל שאר מחילות דאדם תובע לחבירו הרבה והלה כופר ומפשרים ביניהם ונותן לו מקצת ומוחל לו השאר אטו אם זה מסר מודע' תהיה המחילה בטלה א"כ לא תועיל שום פשרה ומחילה בקנין אלא ודאי לאו אונסא הוא וכו' ולא הויא מודע' והמחילה שרירא וקיימא עכ"ל הרי דמתברר מתשו' הרא"ש ז"ל דבנ"ד נמי דבא שמעו' בטענה דאין כונתו ח"ו לגזול ממון חברו אלא דכפי דעתו שהיו הפרשיות והכחשות בענייני השותפות שלא היה מודה לו חברו והיה חברו רוצה ליטול מה שאינו שלו אשר מטעם זה הוצרך שיעשו חשבונותיהם ולמסור את כל זכותו של ראובן בידו עספ"א וכן עכש"ה א"כ מה אונס איכא כדי שיתמסור מודע' ובשלמא אי קדמי לכו לסהדי המודע' דאמת יהבנא הכו של ראובן שלא היה תובע ממנו מחברו שום יתרון יותר מזכותו והלא כופר ובא עליו בעקיפין ורוצה לכבוש תחת ידו את זכותו עד שיעשה לו שטר מחילה ופטורין כאשר עם לבבו וחפצו ורצונו וכתבו העדים במודע' והכרנו באונסו או ודאי המודע' קיימת והמחילה בטלה ומבוטלת דלאו מפי תובע אנו חיים אלא אפומא דסהדי והכי מפורש נמי בתשו' מהר"י אלרבי ז"ל סי' קט"ן דנשאל על שותפין דנקט אחד מהם חשבון מכל מה שנשא ונתן בממון השותפות ושיתן לו חלקו ושמ' השיב שאינו רוצה לתת לו כלל עד שיעשה לו שטר פטור וכו' וקודם שכתב שטר פטור זה מסר מודע' כו' ועדי המודע' מעידים ומגידים איך הכירו באונסו של ראובן והשיב הרב ז"ל דהמודע' שרירא וקיימא מאחר ששמעו' מוחזק בממון השותפו' וכובש אותם ובידו לעשותו בכב וה"ת גזים ועביד וכיון דבנ"ד מסר מודעא ראובן וכו' והעדים מעידים שהכירו באונסו כמ"ש בשטר המודע' קיימת ע"כ ; הרי דהשכימה דעתו הרב ז"ל דלא מקיימינן המודעה אם לא בהעדאת העדי המודע' דהנה הנם ידעו ומכירים באונס בעל המודע' הא לאו הכי לאו כל כמינים לבטל שטר המחילה והפיטורין אלא המוד' בטלה והמחילה היא בתוקפא וכן ראיתי להרב המבי"ט ח"ג סי' קט"ו וז"ל ואם היתה הפשרה כוללת על כל התביעות הפשרה קיימת וכו' וכל זה הוא על תביעות שאינן ידועות בשטר או בעדות ברור הכיון שנתפשרו בסך ידוע מכל התביעות הרי זו היא פשרה והיא קיימת אבל אם התביעות היו בשטר או בבירור שהב"ד היו מחייבין אותו בדין על הכל אלא שידו תקיפה ועל זה הוצרך להתפשר עמו וכו' המחילה בטלה שאין אדם עשוי למחול זכותו כידוע לכל וכו' הגע עצמך שראובן יש לו שטר על שמ' שהוא חייב לו מנה או עדים שחייב לו מנה ושוא יודע שלא פרע לו ושמ' משרב מלפרוע לו וידו תקיפה כו' ומחמת שידו תקיפה נתרצה וכו' פשרה זו אינה כמכר אלא כמתנה שהוא מחילה ממה שהוא

ידוע שהוא חייב לו ופשרה נקראת כשיש טענות ביניהם שאין להם בירור בבית דין או כפשרה קיימת עכ"ד הנה דברי הרב המבי"ט ז"ל קורא בגרון דיסוד מוסד הוא דכל שאין לתובע עדות ברור על תביעותיו של עכשיו הגם דהיה לו עדות על עיקר חובו שהלוה לו בסהדי אבל אינן יודעים בפרעון חובו באופן שאין כח בידו להוציא בדינא המודעה בטלה והמחילה קיימת דאי אפ' לבטל המחילה ולקיומיה המודע' אם לא דהתביע' ברורה בשטר או בעדות ברור דאי אפ' לנתבע להכיל נפשיה בשום צד פטור כלל והכי מתברר למתבונן בתשו' הר' המבי"ט שם בח"ג סי' קפ"א יע"ש והכי מתברר מתשו' מהר"ש סי' נ"ך על מה שנשאל על אחד מהשותפין שתפש מנכסי השותפות ואמר לשאר השותפין שיחלקו עמו ויפטרוהו מכל השיובין וכו' ואם לא יעשו כן יתפוס הכל כו' והשותפין לקחו עדים והעמידו בהטמנה כשדברו עמו ושמעו אונסן ואח"ך מסרו מודע' וכו' והשיב הרב ז"ל וז"ל פשוט דזה מקרי אונס מאחר דזה היה כובש ממונם ולא היה רוצה להחזיר להם כאשר העידו העדים שיודעים באונסים ולא שייך למימר גזים ולא עביד וכו' דזה כבר כבש ממונם וכאשר ידוע לרבים שלא רצה להחזיר להם נכסיהם עד שהוצרכו לפוטרו וכו' המודע' קיימת אע"ג דידיעת העדי' האונס היה היה על ידי הטמנה שפוסקים לא חלקו בכך לענין מודע' אלא ששמעתי מחלקים דהמודע' בטלה מטעם דהעדאת העדים לא היה אלא על ידי הטמנה וליתא וכו' עכ"ד הרי דברי הרב ז"ל ברור מללו דע"כ לא פליג הרב על דעת המחלקים ז"ל וקיים המודע' משום דהעדאת העדים על ידי הטמנה דהכירו באונסים של השותפים חשיבה עדות מעליא הא אם לא כוו השותפים מכמינים עדי' פשיט ליה להרב ז"ל דהמודע' בטילה מטעמ' דמפיו אנו חיים ולאו כל כמניה

וראיתי להר"ג ד"ין ח"מ סי' י"ו דר"ב ע"א שכתב וז"ל ומ"מ נלע"ד דדוקא בחוב מבורר או פקדון שהיה לו ביד חבירו ומחל לו דאז הוי כמתנה דמה לי למיהב ססתא ומ"ל למיסב ליה מאי דאית ליה בידיה הכל מתנה מיקרי אבל אי לא מחיל ליה חוב מבורר אלא שהיה לו על חבירו תביעות וטענות שמתוכם יזכה בדין וכו' אלא שלא רצה להטריח עצמו לבוא לפני ב"ד לברר טענותיו או שהיה לו טורח לברר אותם ומתוך כך מחל לו או כולם או מקצתם אע"ג דידעינן שלא מחל בלב שלם מ"מ אמרי' הגב אונסים שהיה צריך לטרוח בעסיקין וטענות גמר ומקנה ומחיל ונ"מ דאם אח"כ נתחרט על אותה מחילה ורצה לתבוע ולברר טענותיו אם לא מסר מודע' והכירו באונסו אינו יכול לחזור ולתבוע אותו ומחילתו מחילה ואם מסר מודע' והכירו באונסו בטלה המחילה עכ"ל הנה הרב ז"ל ברור ליה דהגם דהשתא דבא לפני ב"ד לתבוע טענותיו ומברר טענותיו ותביעותיו דאית להו זכות ביד חבירו וזוכה לפום דינא עכ"ז כל היכא דלא כתיב במודע' הכרנו באונסו אלא דהוא טעין דלסיבת מה הוצרך למחול לפי שעה כל דליכא העדאת העדי' במחי' קיימת והמודע' בטלה

אף

אף דבריר ליה בשעת המחילה לחבירו גזלנא מחקרי וכמו שהוכיח סופו דאח"ך דבא לפני ב"ד ונירר תביעותיו וטענותיו דאמת יהגה חכו ועולה לא נמצא בשפתיו וחבירו רצה לגזול את שלו עכ"ז המודע' מגן שויא כל היכא דליכא סהדי דהכירו באונסו אע"ג דידעינן שלא מחל בלב שלם מאחר דמפיו אנו חיים ומתשו' מהר"י קולון ז"ל שורש קי"ח הביא דבריו מרן ב"י סי' ר"ה סעיף י"ו דנשאל על ראובן דהיו לו נכסים ביד שמ' ודחה אותו שמ' עד שהוצרך ראו' לעשות שעבודין להוציא נכסיו מתחת ידו ושוב רצה ראובן לבטל השעבודין דאנוס היה על כך כדי להוציא מעותיו מיד שמ' שהיה מעכבם בידו שלא כדין והשיב דאם השעבודין הם כעין מתנה דנתחייב ראו' לשמ' בדבר שלא הגיע הנאה לראו' המורת כשע' ההוא אלא דמתוך כך נתרצה שמ' לשלם לראו' את אשר יש לו בידו כבר מושבע ועומד היה מהר שני לשלם לראובן

את ממונו אלא דשלא כדין היה מעכבו עד שהוצרך ראו' להשתעבד וכו' ויתברר ע"פ עדים שידעו אונס ראו' כשעבוד השוה כו' אמנם דבר פשוט הוא דלאו כל כמיניה דראו' לומר אנוס הייתי אם לא הביא עדים על כך עכ"ל מתברר דהגם דמעולם לא עלה ע"ד ש' לכפור מה שהיו מרי תחת ידו אלא דזה בלבד עשה לו שמ' דהיה דוחהו מיום אל יום וכמ"ש בשאלה עם אלא דהשם ראו' שמא יתגלגל הדבר לכפור עד שהוצרך לעשות שעבודין עכ"ז כתב הרב מהריק"ו דזה דבר פשוט דלא מהימנינן ליה לראו' דאנוס הייתי יען דמאחר דהיה דוחה אותי מיום אל יום חשבתי לדעתי דאם לא הייתי מודה בשעבודין אף הוא היה מתכוין לגזול את שלי דדילמא לא היה את שלו מאחר דמפיו אנו חיים וכ"ש וק"ו היכא דאפשר היכא דר' בא עליה דש' בעקיפין וכנדון הרא"ש ז"ל דכתי' לעיל לתבוע מה שאינו שלו דאונס ש' בא עליה דראובן בעקיפין ואין כונת ש' לגזול ח"ו מה שאינו שלו וכטענת ש' בנ"ד דדיינינן דאין כאן אונס כלל אם לא בהעדאת העדים דוקא וכן ראיתי למהרח"ש קונט' מודעה דכ"ו ע"א וע"ב דפירש תשו' מהרי"קו ז"ל כן וע"ש פי' זה כתב דיתיישב תשו' הרא"ש הנז"ל דלא תק' לתשו' מהרי"קו דהכא דמהרי"ק ז"ל כשידוע שהיה לר' נכסים ביד ש' אלא שהיה דוחהו מיום אל יום אבל בהכא דהרא"ש שלא היה הדבר ידוע אלא בינייהו וביד הנתבע לכחיש הכל גמר ומקנה התוב' אגב אוחן מעות שהודה לו לבסוף יע"ש

וכ"ר לברשב"א ז"ל ח"ב סי' ש"ב דנשאל על ר' דתבע מש' מנה וכפר כו' ולפי שלא היו לו ראיות כו' נתפשר וקודם הפשרה מסר מודע' כו' והשיב וז"ל ופשרה שכתב הרמב"ם דהויא כמכר איירי כשאינה מחילת זכות אלא כגון חלוקת אחים וקנו מידם ברוחו' כו' אלא דנפסט לאונו לא משמע ולפי זה דין פשרה זו בטלה שהרי העדים לא ידעו כלל דזה אנוס בפשרה דהרי לא ידעו שהיה חייב לו כל תביעתו אלא מפיו אנו חיים וא"כ אינה מודעה כלל ואינה מבטלת הפשרה עכ"ל. הרי דגם הרב ז"ל פשיט ליה דכל היכא דליכא בירור בהעדאת העדים

דזה כיון אנוס לא מבטלי' הפשרה מאחר דמפיו אנו חיים אלא דיש לעמוד לפום ריהטא' בתשו' הלזו של הרב ז"ל על מה שחקר הרב בדברי הרמב"ם דלא אמרה הרמב"ם אלא בחלוקת האחים ברוחות ולבסו' הסכי' דעתו דבכל פשרה מיירי אף במחילת ממון שהם ברואה ירא"ה להרב ז"ל עצמו שם סימן רכ"ו פשיט ליה היפך דלא איירי הרמב"ם ז"ל

אלא דוקא בחלוקת האחים ברוחות אבל פשרה שיש בה מחילת ממון הרי היא כמתנה ודבר זה ברור הוא אע"פ שראיתי מי שטעה בדבריו כו' יע"ש והרי זה סותר בקודם תשובתו הנזכרה דסי' ס"ב ח"ב הנז' וראיתי להר' הוט המשולש למהר"א ן' טוואה שמובא בס' התשב"ץ דנשאל סי' ו"ך על ר' שהיה לו פקדון ביד ש' וכששאל ממנו להחזיר לו פקדונו השיבו לא אתנהו לך עד שתעשה עמי מחילה כו' ועשה מודעה ר' כו' ולא נכתב במודעה שהעדים ידעו באונסו ונחלקו בה"ח שבעיר יש מהם דמבטלים המחילה מכח המודעה ויש מקיימים המחילה לפי שאין כתוב במודעה דהעדים הכירו באונסו והשיב הרב ז"ל וז"ל ובדין מודעה שנעשית ע"ש פשרה כתב הרמב"ם ז"ל כו' וכ"ל דפשרה שכתב הרב ז"ל אינה פשרה דיש בה מחילת ממון אלא כגון פשרה שנעשית בחלוקת אחים כו' וכמו שפירשתי דברי הרמב"ם כן מצאתי לא"ז הרשב"ץ ז"ל שישב דברי הרמב"ם כו' עכ"ל והנה הרואה יראה דהרב ז"ל לא שלט עינו עין הגדולה בתשו' הרשב"ץ מר זקנו דסי' ס"ב וכן ראיתי להרב מט"ש שסימן רי"ה הגב"י ז"ל אות שכתב ע"ד הרב מהר"א טוואה דאישתמי' מניה דברי הרשב"ץ ז"ל דפסק להפך כן משמעות דבריו יע"ש ועמו בס"ר דהו"ל לסביא דברי התשו' דסימן רכ"א הנז' דלפי האמת דברי הרב נגדו הנה הם נכויים על דברי הרב מר זקנו ז"ל דסי' רכ"ו

והנה מפשט תשו' הרי"ף סי' רפ"ה דנשאל על ר' דנתחייב לשמעון שבועה וחלה עצמו באחד מן השרים ולא יכול להשב' כו' ועשה פשרה ועמד שמעון ועשה מודעה והשיב אם נתברר על העדים אונסו של שמעון הפשרה בטלה כו' יע"ש הרי דהצריך הרי"ף ז"ל הכרנו באונס בפשרה דזכות דממון דדמי למכר אף דהרי"ף ז"ל כבר השמיענו שם בסימן ת"א דבמתנה אפי' שלא באונס המודעה קיימת יע"ש הנה למדנו דפשיטא ליה להרי"ף ז"ל דפשרה כגם דאינו בחלוקת אחין אלא בתובע ונתבע בטענה דממון אם לא העידו העדים באונס המודעה בטלה ומאחר דהסגלות נגלות דבר' בעליל לנו תורתו של הרי"ף ז"ל גם התשב"ץ מודה ובא דלאו דוק' פשרה בחלוקת אחין אמרה הרמב"ם אלא אף בפשרה של תביעת ממון כדי שלא יחלוק על רבותיו ז"ל

באופן דכפי מה שכתבנו דכל שאין שהוב מבורר וידוע ועשה פשרה וקדם ומסר מודעה וליכ' העדאת עדים במודעה דהכירו באונסו מפיו אנו חיים המודעה בטלה, והמחילה קיימת וכדי אסבר' לן הרב מהרימ"ט ח"א סימן ל"ח

עי"ש וח"מ סימן ל"ח ומהרי"ט מלובלין סימן כ"ג והרב לחם רב וכמו שרמוז הרב כנה"ג סימן ר"ה שנב"י אות ע"ו וע"ט והר'. מע"ש שם . ויעו' להרב מהרי"ח עשאל סימן כ"ה. שכתב וז"ל כלל העולה מכל האי שקלא וטרי' דשמעתא היכא דלא ידעינן באונסיה וכנדון הרא"ש דאפשר דמה שהיה חייב לו לקח כו' או מסר מודעה אין במודעתו כלום אבל בנדון הרשב"א . דהתובע יש לו עדים דחייב לו ק' והלא כופר כו' יעי"ש גם הרב. מ"ט אבא ז"ל בס סימן כ"ו דנ"ו ע"א השכים. לבאי חילוק'. דכל היכא דאין החיוב ברור כו'. או השטרה קיימת כל דלא כתבו העדי' ידעי' באונסיה. מטעם דהוי כמכה כו' יעי"ש גם הרב ב"ד ח"מ סימן קי"ג . אזיל בשיטה הלזו כמו . שמפורש בדבריו יעי"ש ויעו'. למהר"א אלפאנדארי בס' אליהו רבה זוטא' סי' ט"ו דס"ח ע"א וד וק.

הכלל העולה מכל מה שכתבנו. אשר למדנו מפי סופרים מהגי . ספרי דבי רב ראשונים וגדולי האחרו' ז"ל דכל. היכא. דהתביעה אינה ברורה. אלא בין התובע והנתבע. ואין להם לאחרים ידיעה בדבר. התביעה כלל אחר, מטעם זה כנתבע שמי בידיה להכחיש נגד התובע והוצרך החוב' להתפשר עם הנתבע וכתב וחתם . שטר. מחילה. בכל היזוקי סופר כתה"ל וקדם. ומסר מודע' ולא באו עידי' המודע' במכתב לומר . איך הכירו באונסו אלא מפיו אנו חיים . שטוען התובע דשנגדו. רצה . לבא עליו בטענת כפירה ועלילו' ברשע לאכול את כספו ממו"ה הוצרך להתפשר לא . חיישינן. ליה והמודע' מגן שויה כמו שמפורש בהר. היטב בכל גדולי ראשונים ואחרו' ז"ל עצמו מספר נלאיתי נשוא את ממותם על הספר ובדיו מאמר. דספרין פתיחו וזיל. קארי בי רב ויותר מזה שכתבתי לפניכם. כתוב. בספריהם . וא"כ בנדון דידן דבא בשאלה דאחר גמר השטרה והעדאת עידי המחילה בא בטענה דאונס באומרו . דשמחילה אינה מחילה דהיה אנוס בדבר במחילה מטעם דנשארו ביד שותפו מקצת, שהורותי שלא . חלקו ומפני שלא היה רוצה ליתן לו את חלקו נתרצה בשטרה . אבל לא היה מחפצו ורצונו וזה לך האות דקודם השטרה פליתי את שפתי לפני קצת האנשים דעו אתי שאני אנוס וכו' ובלא טוען נגדו דה"ו מעולם לא עלה על לבו לגזול ממנו שום פרוטה קטנה כלל אלא מאחר שהיה מכחיש לו ראו' בגיום ספרי מעסק השותפות ולבא עליו בעקיפין ולא רצה להודו' לו נססה בא עליו בעקיפין ואין כונתו אלא להעמידו במעגלי צדק ואמת ולא ידבר כזב וזה לך האות דהוכיח שופי על מחילתי דמאחר דהודית לי איפא על האמת ולא הלכת כפעם בפעם לקראת נחמים שוא ודבר כזב גם אני הודיתי לך כי אמת יהגה חכך ומסרתי בידך כל זכו' ולא נשאר אצלי מאומה הי"ל מאחר דאין כאן מי שיעיד או ראה או ידע דשמ' פיו מלא מרמות ותוך וכל דבריו עלילות ברשע ועולה לא נמצא בשפתיו ור' לדק באמרו ואנוס היה על מחילתו אלא דהעדים פנה שנה אומרים דעל לגבי דידהו לא קדמה להו ידיעה כלל מכל פרשת העבור אלא דוס שמעו מפיו ראו' כהוא אמר דעו אתי שאני אנוס ואין אתנו יודע

וקמי שמיא גליא מי ומי ההולך בעצת רשעים ולבו עמל ואון באופן דלפום דינא היוצא מפי רבנן רבים ונכבדים דבריהם כגחלי אש הם אמת ודבריהם אמת דכל היכא דפומים אנו חיין המחילה קיימת

וראיתי להרמ"ה בחידו' שם פ' חזקת דפ"ו סי' ק"ח על ממרא רבה ורב יוסף דלא כתבינן מודע' אמאן דלייה דינא שכתב וז"ל ומסכחת לה במודע' בשטרה דס"ל לרועה וכו' דהוי"ל כמודע' דזביני היכא דלא ידעי סהדי דאניס דלא כתבינן מודע' אביי ורבא. ס"ל דאע"ג דליית דינא כיון דיכיל לאשכוחי ולאשתמוטי בשיקרא אין לך אונס גדול מזה וקיי"ל כאביי ורבא וכו' ע"כ הנה מתורתו של הרמ"ה ז"ל ילפינן דמחלו' רבה ורב יוסף עם אביי ורבא הוא בשטרה דלא ידעי סהדים דכפר ליה אלא מפיו של תובע אנו חיין דטעין דשקורי קא משקר הנתבע אשר מטעם זה לא כתבינן מודע' אמאן דליית דינא דומיא דזביני ואביי ורבא ס"ל דלא בעינן בשטרה ידעינן באונסיה כמו בזביניה אלא כתבינ' מודע' כגם דמפיו אנו חיים ושטרה לא דמי למכר דבעי' הכרת אונס ומהר"י ן' מיגאש ז"ל הביא דבריו הרי"ב בא"ז שם בשוניין כתב וז"ל וני"ל דהכי פי' כגון דתבע ליה ראו' למת' בדין ואי"ל הב לי כך וכך דאית בידך ואי"ל האיך לבד"מ דלית ליה עליה אלא שבועה דר"ן ואלטרי' ליה למעבד ליה פשרה עמיה ומקמי וכו' מסר מודע' ועלה קאמרי רבה ור"י דהאי מודע' לאו כלו' הוא דהא לייה דינא ואביי ורבא פליגי דאע"ג דליית דינא כיון דכפר ליה אין לך אונס גדול מזה והלכתא כותייהו עכ"ל אין ללמוד מדבריהם ז"ל דס"ל דשטרה לא בעינן ידעי' באונסיה כפך דעת הרמב"ם ודעימיה ז"ל ופליג הרמב"ם ז"ל על רבו ז"ל מהרי"י ן' מיגאש ז"ל דאינהו לא מיירי אלא היכא דמברר אחר השטרה בעדים באמת יהגה חכו של הנתבע ועולה לא נמצא בשפתיו ומאי דנתפשר עמו לא היה אלא לפי שעה שלא היו העדים מזומנים אצלו בשעת התביעה וכמ"ש גדולי האחרונים על השיא תשו' הרשב"א ז"ל דהביא מרן ב"י סי' י"ב מחודש י"ג דנשאל הרשב"א על שמעון דחייב לו לר' מנה וכפר בכל כו' ור' כדי שלא יאבד הכל נתפשר כו' והשיב כו' ועוד תדע שהנדון שלפנינו פשרה היא זו ופשרה בטעות אינה פשרה שסבור היה שלא ימצא ראיה והרי מצא ע"כ הרי דיהיב טעמא הרשב"א מאחר דהתובע מביא עדים לטענתו דמאי דקא תבע ליה מנה דקושטא קאי עמיה והנתבע הוא דקא מסדר אזיופ' לגזול את של חבירו שישנו תחת ידו כה"ג אין לך אונס גדול מזה ולא צריכין לסהדותא דסהדי ליעידו ידעי' באונסיה

באופן דמה שבנה יסודו הרב המורה נר"ו דהמחילה בטלה מכח המודעה שניטה בשפתיו ר' אי טודו לוקי אדי סו אנוס ואינו מרצוני כו' כנז"ל כל כפותח בחשו' גפני ספרי דבי רב גדולים ואחרונים ז"ל יתנו עדיהן ויצדקו דקים להו לרבנן דכל היכא דבי דיני' לא ידעי אלא מפיו של התובע ולא מפומ' דסהדי המחיל' קיימת והמודעה

והמודעא בטל׳ וכמו שפסק הרב המוב׳ מאחרי דאחרא
ברוסא יע״א הוא הרא״ש נר״ו דשפט בצדק לזכות את
שמעו׳ מכח מחילתו ואמת יהגה חיכו ודבר ה׳ בפיהו
אמת וגם אני שבא על החתום אבהר דרכי להלכה
ולמעשה דראובן הבא בשאלה מהדר אזיופא והבל יפכ׳
פיו ושנועו׳ זכאי בדינו מכח טענתו דטוען דמכלכל
דבריו במשפט דה״ו אין כונתו לגזול שום פ״ק מממון
שאינו שלו אלא כונתו לא היה אלא לברר את שלו
דוק׳ דמאחר דראה ראה דעתו של ראובן דרצה לבא
ג׳יו בעקיפין ולגזול את שלו אף הוא מתכוין לבא
ג׳יו בעקיפין ע״ד ועם עקש כו׳ עד שיקבל עליו
ראובן דברי חברות ויקיים מקרא שכתוב יגיע כפיך
כי ת כל והוכי׳ סופו דאחר שהרת השכון ונתבררו
ונשלמו מכל לצד אזי בא שמעון ומסר ביד ראובן כל
כותו תמוע ועל ש״ן וכמו שנא׳ בשאלה דהכל כאשר
לכל בא לידו של ראובן אחר שהכרו השגונותיהם

עוד נראה לזכות את ש׳ מטעמ׳ דכתוב בשטר
המחילה ביטול מודעות כו׳ וגם נשבע
ש״א ע״ד המנ״פ וע״ד הנב״א לאשר ולקיים כל הכתו׳
בשטר זה מראש וע״ש בביטול כל מודעי ומודעי
דמודעי ע״ש ובפיסול עדיהן לדעת הרשב״א ז״ל
כו׳ ע״כ והנה כבר נודע מחלוקותן של הראשונים ז״ל
בהאי דינא דביטול מודעות הכתובים בשטר המחיל׳
דהתוס׳ והרא״ש כתבו פ׳ חזקת דמ״ה ע״א וע״ב ד״ה
אמר רבא דהילא דביטל המודעה בשע׳ וביני מהני
ביטול כו׳ ואפי׳ אמר בשעת המודעה כל מה שאבטל
לא יהא ביטול אינו כלום דמ״מ לבסוף כשמבטל כו׳
במתנה אי לא ידעינן באונסיה ומבטל מודע׳ מדעתו
ביטולו ביטול ולכך כתבי׳ בשטרי מתנה ביטול מודעי
ע״כ והכי פסקו כפסקי התוס׳ שם בפ׳ חזקת סי׳ קט״ן
והרא״ש שם ובפסקי הרא״ש שם סימן נ״א והטור ז״ל
סי׳ ר״ב יע״ש באופן דפשיטא להו ז״ל דאתי דבור
אחרון ומבטל לדבור הראשון ואף למ״ש הטור דר׳
האיי גאון ודעימיה חולקין וס״ל דלא אהני הביטול
אחרון אלא סמכינן אדבור׳ קמא דהיינו המודעה
מ״מ הרואה יראה בשורשן ובעיקרן של ר׳ האיי גאון
וכתב בשער ל״א וז״ל ותדע דאע״ג שסדר בשטר המכר
כתב בו ביטול כל מודעי כיון דהמכירה היתה
אונס לא נסתלק האונס ולא נתבטלה המוד׳ דכיון
דאנסו על המכר אנסו נמי דיעיד על עצמו בטול
מודע׳ דהא בשטר אחד הוא הודאתו במכר והודא׳
ביטול המודעה כו׳ אבל בטול הגט והמתנה אם אתה
רוצה את בטולו בתוך השטר ממש בטולו בטול לפי
שאין אנו צריכין לידע בפרסום אונס הגט והמתנ׳
מו שאנו צריכים לידע אונס בזביניה כו׳ נמצא
מו שקבלנו את האונס בדבורו לבדו כך אם בטלו
בתוך האונס די לו בביטולו לבדו ואע״ג שלא נסתל׳
אונס מכ״ל והביא לדבריו הרב העיטור ז״ל אות מ׳ם
פ״ב ע״ג יע״ש הנה נתברר לכל דלא ידעי שהדי
אונס וכתבו בשטר או במכר או במתנה ביטו׳ מודעה
הא אמרינן שופרא דשטרא הוא דמאחר דלא ברור
ן האונס אלא מפומי׳ דיינינן וכמו שקבלנו את האונס
בדבורו לבדו כך אם כתוב בשטר דביטול המודעו׳ מהני
גם דלא נסתלק האונס כפי דבריו וא״כ בנ״ד דמפיו

אנו חיים דטעין דהיה אנוס א״כ הרי ביטל המודע׳
כפי מ״ש בשטר המחילה דבין שאתה אומר דהפשרה
דין מכר או דין מתנה בכל אופן שיהיה שטר המחילה
קיימת ממה נפשך ובשי׳ כלזו של ר׳ האיי גאון ז״ל קא
פסיק ותני הרמ״ם בחי׳ שם פ׳ חזקת סי׳ קפ״ה דל״ו
ע״ב דהביא לדברי ר׳ האיי גאון ז״ל ותשו׳ הרי״ף וכתב
ומסתברא כותייהו כו׳ ושם בסו׳ ע״ב כתב וז״ל ולא
משכחת לה דמהני ביטול מודעי בזביני אלא היכא
דמסהדי סהדי דאנן ידעינן בסילו׳ אונסי׳ ואע״ג דלא
מפרשי מהיכן ידעי מידי דהוה אעיקר מודעה דסגיא
להו למכתב אנן ידעי׳ כו׳ אע״ג דלא מפרשי מהיכן
ידעי דמסתמא כיון דאחתימי בשטר׳ כו׳ לא סגיא דלא
ידעי בסילו׳ אונסי׳ או מחמת דהדר אנס וצייתי דינא
אי נמי מחמת דהלים תוקפיה א״נ הוה שכיח לננול בי
דואר דמסלק אונסיה דאנס מיניה ולא אזיל אלא
אתפשר בהדי אנס לבטולי מודעי או לקיומיה זביניה
וקנו מיניה א״נ אודי ליה אודיי כו׳ וקיימ׳ לן אליום
וזבין היכא דאודי ליה דלא מסר מודע׳ מקמי הכי
דהודאה בע״ד כק׳ עדים דמי דהא פסלינהו לסהדי
דמודעה כו׳ והוא דאודי לבתר דאסתלק אונסיה
כדבררינ׳ עכ״ד

הנה הרואה יר׳ דברי הרמ״ם ז״ל אלו דס״ל
דלא אהניא האודאה דלא מסר מודע׳
אם לא דכבר ידעי בעדים בסילו׳ האונס אבל הוד׳
גרידא בלתי ידיעת בסילוק האונס לא מהני מידי
וא״כ האי לישנ׳ דכתב הטור שם סעי׳ ע״ו משם הרמ״ה
דלא מהני ביטול מודע׳ בזביניה עד שיעידו
בסילו׳ אונסו או שהודה לו שלא מסר מודעה קודם
לכן כו׳ יע״ש איכא לאתמוהי
בפשיטות מאחר דהוא אנוס מנן שויא הבודאה וכמו
שתמה מרן ב״י ז״ל ודברי הרמ״ה ז״ל ברורי׳ בשורשן
דהעיל אנאי גמור והוא דאודי ליה לבתר דאסתלק
אונסיה כדבררינא ולומר דנודמנא דבית מדרשו של
הטור ז״ל נוסחא אחריתי היפך נוסחא דידן אינו אלא
מילתא דתמ׳ דהמשיך לישנא דהרמ״ה לא שביק לן
למימר הכי דהא כבר כתב הרמ״ה ז״ל פסקו של ר׳
האי גאון ז״ל דכתב דמי דאמר התלונו׳ דאיכא לפלוגי
בין דאמרי עדים בפנינו מנה לו להיכא דאמרי בפנינו
הודה לו אלמא הודאת האנוס לא מהניא כל עיקר
דהוא אונסא דאנסיה אעיקרי וביניה הוי גופיה
אנסיה לאודויי ליה ומסתברא כותייהו ע״כ
א״כ נמצא דסמך ידיו הרמ״ה ז״ל על סברת רבינו
האיי גאון והרי״ף וא״כ לדברי הטור שגבו מני ותשו׳
הרי״ף דהביא הרמ״ה ז״ל סיא בתשו׳ סימן מ״ז ושם
סבריה דלא מהניא האודאה אם לא דנסתלק האונס
משוגי׳ דהתם שאמרו אי לאו דאודי ליה הוה ממי׳
ליה לשחור כו יע״ש וכמו שהוכיחו הגאוני׳ ז״ל
מסוגיא הלזו והביא לדבריהם ז״ל שם הרמ״ה ומרן ב״י
שם סימן ר״ה וכללא דכייל לן ר׳ האיי גאון אשר
כתב לן הרמ״ה ז״ל לדבריו דכי הוי דלא מבטלינן
המכר אם לא דאתברר לסהדי דאמרי ...כרנו באונסו
בשטר המודע׳ הכי נמי לא מבטלי׳ שטר מודעה
העשוי כהלכתו אם לא עד דמהני דאסתלק אונסיה
ובסכים כוותיה יע״ש באותו' ...יכי׳ אגפא בשום אופן
באלתא

בתלתא אנפי דאודאה דמהני ל"ש היכא דהאודאה היא כגון דהודה דלא מסר מודעה ל"ש היכא דהודה דנסתלק האונס ל"ש דהודה דלא היה אונס מעולם בכל ג' אופני הודאה הללו לא מהני לדעת רבינו האיי גאון ור' אלפסי והרמ"ה ז"ל כפי אורחו של הרמ"ה ז"ל בהגלות נגלות לנו מאורי אור מראות נ"ה כמאיר לעולם ומה שנסתפק הרב מהרא"ש ז"ל בקונט' המוד' דל"ו ע"ד וז"ל ומסתפק אני לדעת הרמ"ה ז"ל אי מהניא הודאה בסילוק אונסו או שהודה שלא היה לו אונס כו' וגם בתשו' ח"א סימן ע"ו דקכ"ב יע"ש וגם מה שכתבו הרב ב"ח והרב פרישה ז"ל לפרש דברי הרמ"ה דמ"ש הרמ"ה או שהודה לו היינו שלא בפניו יע"ש וגם מ"ש הרשד"ם ז"ל בחו"מ סי' פ"ח וקי"ב ובח"מ סימן של"ד רמוז הרב כנה"ג ושם בהגה"ט אות פ"ח מדהשוה הרמ"ה הודאת עצמו כהעדאת העדי' ופשי' דלכ"ע בהעדאת העדים דנסתלק האונס או לא מצי לטעון טענת אונס כמו כן בהודאת עצמו שלא מסר מודעה כו' יע"ש הרואה יר' דלדידן דבר' לנו בעליל אורה זו תורה של ר' מאיר ז"ל אין האמת אתם דדבריהם הנה הנם סובבים והולכים על נוסח דהביא הטור ז"ל האמנם מאחר עלות דברי הרמ"ה בדפוס דיינינן כפי מ"ש בספרו הבהיר ז"ל דס"ל להרמ"ה דלא מהני שום הודאה אם לא היכא דאיכ' סהדי דידעי דנסתלק האונס וכאמור גם מ"ש הרב כ"מ ח"א סי' כ"ו וסייעתיה דהשיגו על הרב מהרי"ל ומהרשל"ם דלפי האמת ר' האיי גאון והרי"ף חולקין על ס' הרמ"ה דסובר דהיכא דמעיד כו' יע"ש ולפום מאי דאתברר לנו אין האמת כן אלא אף הרמ"ה ז"ל כוותייהו דר' האיי גאון והרי"ף דלא מהני ההודאה דמעיד ע"ע אם לא היכ' דהעדים מעידין דנתברר לכם דנסתלק האונס וכאמור

ומעתה נ"ד דבשטר המחילה המולג קמן דכתוב ביה וז"ל לפ"ע ח"מ בא ראובן כו' וכך אמר בכ"ע ח"מ ר' המוחל הנז' להמצון הנמחל הנז' בביטוי שפתים יודע אני ידיעה ברורה באמיתות שעדיין נשאר לי כו' ואע"פ כן מוחל אני לך כו' ומ"ומ ביטלתי כל מודעה כו' וכל מין ממיני טענות ותביעות שילוייר בעולם המבטל ומגרעת כח מחילה דנא כ'. לכולם ביטלתי אותם בטול גמור לגמרי כו' אתנם מחילה דנא ש"וק כו' כל האמור אמר המוחל הנז' להנמחל הנז' בפ"ע ח"מ ברצון נפשו ובדלא אנים כלל כו'

ונפי' קבל סברת הפוסק כו' וקיום כל הנז' קנינו כו' וגם נשבע ש"ח ע"ד המנ"ה וע"ד הנ"בא לאשר ולקיים כל הכתוב בשטר זה מראש וע"ס בביטול כל ידעי ע"ס ופיסול עדיהן לדעת הרשב"א ז"ל כו' על שטר הרואה יר' נהאי נוסחא דשטר מחילה דנא הפי קמן דמלבד דכתיב ביה השני תיקונים דהיינו תיקון שכתבו התוס' והרא"ש דביטול מודעו' ושתיקון שכ' הרשב"א ודעימיה דפסלינהו לסהדי דמסהדי על כו' שטר המודעה דחתימי עליה ומסהדי דאם ימ' בכל הוא באונס כו' עו' כתבו העדים מאי דלא נהג כל האמו' אמר המוח' הנז' יזיי לכתוב האי לישנ' מחל הנז' בפ"ע ח"מ ברצון נפשו ובדלי אנים כלל ע"כ לישנ' לא נהיגי סופרי דוקני דילן בזמנינו אלא שהכי אלישנא דכתיבי בראשי' מאמר לפ"ע ח"מ בא פ' ומטוב רצונו ושלמת דעתו בלתי שום זכר אונס כלל הודה הודאה כו' באופן דכבר העדים העידו דהכודאה היתה בלתי שום אונס א"כ האי לישנ' דכתיב בשטר' דנא כל האמור אמר המוחל נו' להנמחל נו' בפ"ע ח"מ ברצון נפשו ובדלא אנים כלל אם לא שנאמר דבאו להעיד עדי המחילה דקדמה להו ידיעה דנסתלק האונס וזהו שדקדקו בלשונם להעיד כל האמור כו' בדלא אנים כלל וזהו התיקון אחריתי שכתבו ר' האיי גאון ז"ל והרי"ף והרמ"ה ז"ל כנז"ל דאי הוו שתקי מהאי לישנ' לא הוה שמעינן דקדמה להו ידיעה דנסתלק האונס דמה שכתבו ברישא דשטר' לפ"ע ח"מ בא פ' ומטוב כו' בלתי שום זכר אונס כלל אין כאן הוכחה דבאו להעיד דנסתלק האונס דדילמא הרבים השוו שטרי מחילות דעלמא נקטו ואולו ברש הסת' דאמרי כל האמור אמר המוחל כו' בפנינו עה"מ בדלא אנים כלל הנה הנם מעדין דנסתלק האונס דנבריאה להו הכי וסברא הלזו הנה היא כתובה בס' רהב"ן ז"ל פי' ר"קת דק"ד ע"ב וז"ל והסת' דתקנו למכתב ביטול מודעי כו' נראה לי דאם בפירוש אמר כן בפני העדי' וכל מודעי כו' אני מבטל בפניכם שלא מאמת דוחק קוני' ומעידים כן העדים ודאי בית' המודע' דאי לא בטלי' מאי אהני תקנתא אבל אם אין מעדין שבפירוש אמר כן שהכיה דשטר כתובה ולא בטעם וכן אם מעידין שמאמת דוחק אמר כן לא בטל עכ"ד ודברי הרב"ן ז"ל הללו נראה דהנה הנם סברת ר' האיי גאון ז"ל הביי דבריו ר' ירוחם ז"ל הבי' דבריו מרן ב"י ז"ל סי' ס"א סע"ו וז"ל מאן דקבל למיכתב שטרא בכל לישנא דזכותא כו' אבל מנהיג כגון נאמנות בסלוקה או ביטול מודע' במתנה לא מהשיני' עד דמפרשי ע"כ והרשב"א בתשו' הבי' דברי ר' האיי גאון ז"ל והבי' דבריו מרן ב"י ז"ל סימן ע"א מתו' כ"ב

והיה אפשר לצדד ולומר דאיכ' הפרש והבדל בין ס' ר' האיי גאון ז"ל לסברת רהב"ן ז"ל דע"כ לא קאמר ר' האיי גאון ז"ל דביטול מודעו' לא מהשינינן עד דמפרשי הכונה הוא דבעינן דיכתבו שעדים בשטר המתנה והמחילה ביטול המודע' וכיון דחזינן כתוב בשטר ביטול מודעו' די ותו לא חיישינן לומר דהעדים סרכיה דשאר שטרי מחילות נקטו אבל לעולם הנותן והמוחל לא אמרו בפירוש כלום ולא ביטו בפיהם שום מאמר ביטול מודעו' ברם לסב' רהב"ן ז"ל לא סגי היכא דחזינן דכתוב בשטר ביטול מודעו' אם לא דמעדין העדים בפי' דביטא בשפתיו בפירו' ביטול מודעות שכן בא לשונו אבל אם אין מעדין שנפרוש אמר כן סרכיה דשטר כתובהו כו' וכמו שהבנתי דברי ר' האיי גאון ז"ל הכי משמע דברי הרשב"א ז"ל הנז"ל שכתב ע"ד ר' האיי וז"ל והרי נאמנו' וביטול המודיעות שהוא נוהג בכל השטרו' ואע"פ כן כיון שאינו מפורש בשטר אעפ"י שכתב וקבלתי עלי כאומר כו' יע"ש

האמנם ממש"כ מהרימ"ט ח"מ סימן מ"ג רמזו הרב כנה"ג אות ל"א שנס"ש על תי' התוס' והרא"ש ז"ל וז"ל וכ"ל דלא להרא"ש צריך שיעידו העדים שביטל המודעה בפירוש לא שיאמר

שיאמר סתם לסופר שיכתוב שטר ס' והוא כותב תו' בביטול מודעו' שאין כח בלשון סתום לבטל לשון מפורש' שאעפ"י כו' בשם הרא"ש דכל שנהגו לכתוב הן נאמנו' כו' המלוה לכתוב ס' דעתו שיכתבוהו דמנהג ור' שאיי ז"ל פליג כו' נראה דאין הרא"ש ז"ל חלוק אלא במתנות ושאר תנאי' שרגילים הסופרים כו' אבל ביטו' המודעות שאי אפשר לו' לפרש ולהזכיר שלא יכתוב פן יתגלה הדבר שמסר מודע' ודאי דאין למדין מהלשו' המורגל בכל השטרות כו' עכ"ל הנה למדנו מדברי הרב ז"ל דאף דהיה בשטר המחי' בטול מודעות דסא דברי הרב ז"ל סובבים והולכים על נדונו דנשאל בשטר מחילה ביטו' מודעו'

הפך מזה שלדדנו בהבנת רבי' האיי ללדידיה דהרב ז"ל לא תבעיא לסברת ר' האיי ז"ל דבעינן דיעידו העדים דביטל המודעות בפירוש דאם לא ביטל בפי' אף דאיכא בשטר דכתבו העדים ביטול מודעות אמרינן סרכיה דשטרא נקטו ולא מהני אף בנדון הרב ז"ל אלא אף לסברת הרא"ש ז"ל דחלוק על סברת הר' האיי לא פליג אלא בענין מתנות ואביזריה דשאר תנאים לא בביטול מודעות דאינו מוכח שאפשר דיהוה לסופר שלא יכתוב ביטול מודעות בשט' המחיל' כנהוג משום דמרתת פן יתגלה הדבר דמסר מודעא באופן דלסברת הרב מהרימ"ט ז"ל בהאי דינא דביטו' מודעות אין כאן מחלוקת ולכ"ע לא סגי היכא דכתבו העדי' ביטול מודעו' אם לא היכא דקא מסהדי סהדי דבפירוש ביטל המודעות וכן מצאתי להרב מהרי"א אלפאנדארי בס' אליהו רו"ן סס"י ע"ו דהבי' דברי הרב מהרימ"ט ז"ל וכתב דכך כתב מהר"ש גאון וסיים וז"ל ואין שיהיה נקטינן דבטעם זה הסכימו שנים מגדולי ישראל והוא נאה ומתקבל בשכל ונסברה וא"כ בנדון זה שכתוב במחילה ביטול מודעי כו' ולא לתיב ולפנינו ע' בטלו האחים כו' ודאי דלא בטו שאחי' בפיהם ביטול מודעות אלא דהסופר מעצמו כתבו כשאר סופרי דשטרי ואין זה ביטול כלל עכ"ל הר' מהר"א אלפאנדארי והביאו דברי ה' מסרימ"ט ז"ל ה' אדמת קדש ח"ב סימן והרב בני אברהם ח"מ סימן כ"א הרי דפשיטא להו להרבנים שלשה הרועי' אשר מימהם אני שותי' דכל דכתיב בשטר המחילה מאי דנהיגי בשאר שטרי מחילות ביטול מודעו' אין ביטול זה מועי' נגד שטר המודע' ושרי שטר שמו' כראי מולק אם לא דכתוב בשטר המחי' דיעידו העדים דהמוחל ביטל המודע' וא"כ בשטר המולג קמן אחר דכתבו בריש' דשטרא לפ"ע א"מ בלתי שום כו' ביטל כו' וסייתו עדותם כל האמור אחר המוח' לנמחל לפ"ע ח"מ ברצון נפשו בדלא אנים כלל ע"כ מאי דלא נהיגי סופרי דוקני לכתוב האי לישנ' דכל האמו' כו' מפרשינן כונת עדותם דלאסהודי אתו דכביטול הלז לא נכתב כשאר שטרי מחילות דנהיגי כסופרי' לכתוב הביטול מודעות בלתי ביטוי שפתים של המוח' אלא האמת אתו דכל האמור אמר כמוח' כו' .

ואיברא דראיתי להרב תורת חסד סימן פ"ז רמזו הר"ב מנ"ש אות ט"ן הגה"ט דנשאל על אשה אחת דהוליאה שטר מודע' על בעלה כו' ובשטר המחי' כתוב נמי ביטול מודעות כנהוג בכל שטרי מחילות כו' וכשיב זז"ל אלא שעדין נראה שהדין עם הבעל והמחי' קיימת כיון דכתו' בשטר המחי' ביטול מודעו' כו' אלא שעוד יש להתיישב מש"כ הר"ן בשם הרשב"א ז"ל וא"כ כיון דהמנהג לכתוב בכל שטרי מתנות ומחילות ביטול מודעות אף בנדון זה נאמר שהיא אשה שלא ידעה בתיקון הביטו' כו' ע"כ הנה מתברר מדברי הרב ז"ל דאף דבשטר המחי' לא כתבוהו העדים דידעי בסילוק האונס אלא דכתבו העדים ביטול מודעו' כנהוג בכל שטרי מחי' אינו הוה בעל המודע' אים ולא אשה הוה אמינא לן הביטול דהוה כתיב בשטר המחילה ונמצא דפליג הרב תורת חסד ז"ל עם הרבנים שלשה הרועים ז"ל דאינהו פשיטא להו דלא סמכינן בהאי לישנא לבטל שטר מודעה אם לא דידעי העדים אין ביטא בשפתיו המוח' וביטל המודע' בלתי שום זכר אונס כלל ואם כן בנדון דידן הא איכא ביטול מודע' דבפירוש' איתמר מפומא דסהדי דמסהדי וע"ש ב' עדי יקום דבר דכן ביטא בשפתיו ראו' המוח' לשמעון דהוא ניהו מבטל כל מיני מודעו' שעשה מקודם לכן וא"כ המחילה מקויימת כראי מולק ולא תבעיא לדעת הרב תורת חסד דס"ל דכל שטרי מחילות דכתוב בהן ביטול מודעו' כנהוג הגם דלא כתיב בהו ולפ"ע ביטל המודעו' מהני וכן נראה ריהטא דלישנא להרב כרם שלמה ח"מ סי' כ"ן שכתב בדקע"א ע"ב וז"ל . אף מה שאנו צריכין למודעי היא ואת אי כתב בשטר חוב ביטול מודעי כנהוג כו' המודע' בטלה יעו"ש דסאי לישנא דכתב הרב ביטול מודעי כנהוג משמעות לשונו הוא מסאי דנהיגי למכתב הסופרים בשטרי מחילות בסרכי דלישנייהו כל לישני סופרי ושנאי דשטרי וס"ל להרב ז"ל דלמידין מן לשון המורגל בכל השטרות שלא כדברי מהרימ"ט וסמיכנא ליה אנן בעניותינו דסב' הרב איהו ניהו סבר' הא"ן ז"ל ויש לעיי' בתשו' הרב מהרימ"ט ז"ל ח"א סי' ל"א דביטל המודעה מטעמא דהיה כתוב בשטר המחילה ביטול מודעי ולא חקר הרב מאי דחקר בתשו' ח"מ סי' מ"ג הנז"ל דלא סגי ביטול מודעות הכתוב בשטר המחי' דאין למדין מן הלשון המורגל בכל השטרות אם לא דקא מסהדי סהדי דבפי' ביטל המודעו' המוחל אבל נסתמא לא אלא אפי' דנאמר דלא מהני ביטו' מודעו' הכתובים בסתם משום דאין למידין מן הלשון המורגל הרי בנ"ד הרי מסהדי סהדי דכבר ביטא בשפתיו ר' בטל כל המודעות באופן דכפי מה שכתב' לא ירדנו לסוף דעתו של הרב הפוסק בכור קרייס ראתנ' דביטל המחילה מאחר דביטא בשפתיו ר' דכל מה שיעשה סוא בלתי רלוני זאנוס אני כו' האי לישנא כליל גו כל מיני ביטולין של שטר המחילה והמודעה אמה דאין האמת כן דהא דברי סתום והרא"ש מטור ז"ל ברור מללו שכתבו דאפי' שיאמר בפי' מייר' המודי' כל מה שאבטל לא יהא בטל עיל דמ"מ לבסוף כשאמר שביטל כל מה שאמרנו ודם שכל בטל מודעות כלל הכל יעו"ש מוכח דאף דבשעת מסירת ביטולים שיעשה בשע' כאשר לכל לבטל כל האופנים בטל דבור' קמא דהיינו המחי' עכ"ז אחר דבור בתרא ב"ל ז"ל הביא דבריו המודעה ויעויין מ"ש הגה"ט אות פ"ט ודוק ב' כנה"ג סס סי' ר' ועוד

ועוד חמסני על הר' הפו' נר"ו במה כוחו יפה וכמה לא חלי ולא מרגיש להקל בדבר השבועה דנשבע ר' ש"ח ע"ד המב"ה כו' לאשר ולקיי' כל מ"ש בשטר מחי' דנא מראש וע"ש כו' וא"כ מאחר דאחרית דשבועת' רביע עליה דר' לקיים כל מה שביט' בשפתיו באותו פרק באותו זמן של קיום המחי' וביטול כל המודעות הקודמו' לשטר המחילה כמפורש יוצא בשטר המחילה המונח בשאלה וא"כ במה כחו להחליט במאמרו אשר בדברו מע' ריב ערב' ים דאפי' אם יש עסק שבועה בדבר לאו כלום הוא שהכל מתבטל בדברים הללו שדבר ע"כ ואנכי לא ידעתי איה מקום כבודו של הרב הפוסק ופה אל פה אדבר בו ליטא וליתן בדבר הלז ומה יענה ע"כ מה שכת' וכי לפניו נגלו כל תעלומות חכמה ולו לבדו ניתנה החכמה והמדע וצמו חמות חכמה הם כי לא להזכיר וכבר כתב הרב חק"ל ח"מ ח"ב סימן נ"ן דף ז' ע"א דאין שום הכפ ופוסק רשאי לפסוק דין בזמנינו בלתי חיפוש וחיפוש מחיפוש בהני ספרי דבי רב מרבני גדולי האחרונים המדברים על ענין הנשאל לאותו שופט ודיין יעו"ש כ"ש וק"ו על דברת שבועת אלהים להקל במילי דעלמא בלתי הסקפה והבטה בשום ספר מהני ספרי דבי רבנן סבוראי גדולי האחרונים ז"ל ודבריהם כגחלי אש והנה הנם לוחי כברוכייא שלא להקל כגוונא דנ"ד ועדיפא מינה והנה הרפ"מ ח"א סי' כ"ו הביא מחלוקתן של הראשו' היכא דאיכא ביטול מודעות בשטר האחרון על נדון דידים דמצי למי' קי"ל כר' האיי ודעימי' דלא מהני במחי' כו וכתב אך כ"ז היה אמת אם לא היה בשטר שבו' אך אחרי דאי' שבו' נקיו' המחי' כו' א"כ אין יאמר קי"ל דלא כהרא"ש דס"ל דאתי דבור האחרון ומבטל כו' וכ"כ כל האחרוני ומינו דאין לומר קי"ל במקו' דאיכא שבועה דהו"ל ס' איסור' דאורייתא ובמקום איסור' אין לו קי"ל יעו"ש ובה"ב סי' ע"ו דנדון דידן עדיפ' דמלבד סברתן של התוס' והרא"ש ודעימייהו דמהני ביטול האחרון ולא אזלינן בתר הראשון דהיינו המודעה ובנ"ד פה איכא ביטול מודעות בשטר המחילה אלא אפי' לדע' ר' האיי גאון ז"ל והרי"ף והרמ"ה דס"ל דאזלינן בתר המודעה דהוא הקדום כבר כתבתי דבריהם ז"ל למע' שכתבו בהדיא דבמתנ' אם אתה מוצא את ביטולו בתוך השטר ממש כו' דכמו שקבלנו את האונס בדבורו בגדו כך אם בטלו מתוך האונס די לו בבטולו לבדו ואע"ג דלא נסתלק האונס ע"כ א"כ בנ"ד דלא נחב' מפומייהו של סהדי שום זכר אונס אלא מפיו של ר' אנו חיים הף אם [illegible] דן נדון דידן כמתנה ממש המודע' בטלה ולפי זה [illegible] מה שרצה לצדד הרב פ"מ להקל בשבועה הנו' בנ[illegible] דידים מטעם ס"ם הרואה יר' בטעמו שכתב הרב [illegible] דאילמא ס' כר' האיי והרי"ף ודעימיה לא כן בנ"ד דהא[illegible] איי והרי"ף והרמ"ה מודו דהמחי' קיימת וכמו שכתב[illegible] ל' הרב. כרם שלמה ח"מ סימן נ"ן דקע"ז ע"ג ד"ה [illegible] כתב וז"ל אם היה שבועה לקיים חיובו בהא כו' גס אנפי לן דמטעם חומר השבועה חייב לשלם כו' נתמנה דבנדון דידן לא נשבע כמובהק כו' ידע [illegible]ין דכן דן את

בדין כו' יכול לומר קי"ל כוותייהו כו' יעו"ש . הרי דהסכימה דעתם דכל היכא דאיכ' שבועה לקיים את החוב מפקינן מיניה דר' דהוציא שבועה מפיו ולקיים את שבועתו ומה שכתב הרב כרם שלמה בסוף דבריו וכבר כתבתי דנ"ד דין מתנה יש לו ולא צריך שום אונס כיון דמסר מודעה שגיליה גם אם כתוב בשטר חוב ביטול מודעי כו' לא מהני מידי ויכול לו' קי"ל ע"כ היינו כמו שרמז דבנדון דידיה לא היה שבועה דאם היה שבוע' כבר פשיט ליה דמוציאין ממנו. ואשו' הרב מר קשישא ז"ל דרמז הרב הוא הרב המחבר עין יוסף ז"ל ונדפסה תשובה הלזו מאדם כדמותה כצלמ' בס' חק"ל ח"מ ח"ב סי' ז' להרב גדול שבדורינו נין ונכד של הרב וכמו שרמז שם הרב ז"ל

ובפי חימא דלסברת הרב הפוסק בכור קרייה רחמנ' דס"ל דנ"ד דידן איכ' אונס מה שאין שאמת כן וכמו שהארכתי למע' וכאמור. א"כ כבר כתב הרב כנה"ג הגה"ט אות ע"א דהר' מהרימ"ט ז"ל ודעימיה ס"ל דהמודע' מבטלת את קשר השבוע' שלא כדעת מהרא"ש ודעימיה ז"ל ונמצא לדברי הר' הפוסק הנם הנם יסודים באילן גדול הוא הרב מהרימ"ט ודעימיה דמסירת המודע' מתבטל הקשר השבועה של המחילה הרואה יראה דהא לא מכרע' כלל אפי' לסברת הרב הפוסק נר"ו דחשיב ליה נדון דידן אונס דהא כתבו בהדיא גדולי האחרו' דע"כ לא אמרה הרב מהרימ"ט ז"ל היכא דכתב במודעא דכל מה שישבע הרי הוא בטל מעתה דעלה בזכרונו ובמחשבתו הקשר של השבועה של המחילה ואפלו ורצונו בעבות מודע' אף על השבוע' האמנם היכא דמסירת המודע' היה שלא בשעת הביטא בשפתיו כהאי ליש' כי לא לרצון עושה המחילה והמתנה מבלי ביטול מה שעתי' לישבע על מחילה בכה"ג אף הרב מהרימ"ט מודי ובא דהמודע' בטלה היא ומבוטלת יעו"ש שרמזו הרב מט"ש שם סי' ר"ה הגה"ט אות ע"א. ובנדון דידן דכך הוה דבוריה של ר' בשע' מסי' המו' דכל מה שאעש' הוא בלתי רצוני ואנוס אני ע"כ א"כ הרי לא עלה בזכרו ביטול שבועת המחי' ואם כן המודע' בטלה וכאמור.

והיות אפשר לצדד בכוונת הרב הפוסק נר"ו אף דלא פירש דבריו והוא דמ"מ דראו' בנ"ד הוא מוחזק בכך שתובע הא' ממנו והוא שטוען שהיה אנוס במחילה ואיכ' לצד' בכל מה שכתבו גדולי האחרו' ז"ל דכל היכ' דהאונס מפיו אנו חיין דוק' ולא מפימ' דסהדי לא חשיב אונס וכמו שהארכתי למע' אפשר דע"כ לא כתבו ז"ל כן אלא היכ' דבא להוצי' מן המוחזק ברם היכא דהמוחזק בא להוצי' מן המוחזק בטענ' דכבר סידר לו שטר מחי' כתמו"ל והלו' טוען דאין המחי' מחיל' מטעם דהיה היה אנוס בשעת המחיל' במלת' כדנ' צריך חיפוש מחיפו' בהני ספרי דבי רבנן סבוראי דהבאתי למעל' מאי קא סברי אי אתרוה בכי האי גוונ' דנ"ד אפי' להוצי' מאחר דהשטר המולג קמן דהיינו שטר מחי' הוא כראי מוצ' וכתוב

וכתוב וחתום ביה דקבל סברת הפוסק במחילה דלא או לא אמרוה אלא להרחיק ביד הנמחל האמנם היכא דהנמחל כגוונא דנ"ד דבא להוציא אפשר דאזלי' בתר טענתו דטעין דאנוס היה אף דמפיו אנו חיים ומנ"ר יברר הענין יען שאני טרוד בענייני' אחרי' הלכה למע' להוצי' דין אמת מלפרא עד רמש' ואין לי פנאי

האמנם כל זה היה אפי' לצדד בנ"ד אם לא היה אומר שבוע' בקיום המחי' נרס מאחר דראובן נתקשר בקשר אמיץ וחזק על דברת שבועת האלהים באופן דאריה דשבועה רביע עליה דראובן להעמיד המחילה בתוקפה ותוקפא אין כח שום דיין ומורה הוראות להקל ולבטל השבועה במילי דכדי אפי' שהוא בא להחזיק וכמו שפסק הרב המובהק הוא הרא"ש מארי דאתרא ברוסיא יע"א מן הטעמים דשרטט וכתב הרב נר"ו וזו אינה צריכה לפנים וכאמור

ודרך אגב עמדתי בנדון דידן מאחר דעידי המודע' לא באו עדותם בשטר כתוב וחתום אלא בזכרון עדות בעלמא דהוי כעדות בע"פ אי מבטלת עדותם לבטל השטר הכתוב והחתום דאלימא מילתא דשטר כמי שנחקרה עדותם בב"ד והנה ראיתי להרב מעי"ש שם סג"ט אות ל"ה דהביא משם תשו' מהר"י איסקאפה ז"ל וז"ל א"צ שיהא המודעה כתובה אלא כיון דאמר לעדים דעל ידי האונס הוא עושה סגי אע"פ שאינם כתו' עכ"ל ואין השם מלוי אללי לראות הדברים בשרשם אי אמרה הרב מהר"י איסקאפה ז"ל סברה הלזו בלתי סמוכו' דרבנן אלא הוא הולדה מדעתו רחבה או הרב ז"ל עשה סמוכו' דרבנן והנה דאמרי דמלתא כדנא נפתח בגדולים דהנה ר' האיי גאון ז"ל שם בשער ל"א כתב וז"ל ומה שאנו אומ' לא אתי ע"פ ומרע לשטר' לא אמרי' אלא אותן העדי' שהתו' על המכר שאם הם בעצמן מעידי' על המודע' שהוא ע"פ לא יבא דברים ויבטל כתיבת' אבל כתיבתם של שטר מודע' יבטל כתיבתם של שטר המכר דהוה ליה כתב כנגד כתב ולפיכך צריך שיכתבו כתב מודע' כדי שיבטל זה את זה אבל אם העדים שהעידו במודע' הם עדי' אחרי' שאינן אותם החתו' בשטר המכר הרי הם יכו' להעיד בין בכתב בין בע"פ כו' אע"פ דהיו לעדי' לכתו' כיון שאמרו להם בעלים כתובו אפ"ה אם לא כתבו יכו' להעיד ע"פ כדגר' א"ר נחמן מודע' בפני שנים וצריך לו' כתובו עכ"ל וכן מצאתי לראב"ן ז"ל בדק"ד ע"ב וז"ל ומר בר אשי אמר כיון דמודע' ניתן ליכתב הוי כמאן דכתיבה ומרע לשטר' מיגו דאי בעי כתבי לה דהא ניתן ליכתב כו' אבל במודע' דמלו תרוייהו למהוי כו' אתי מודע' ע"פ ומרע לשטר ע"כ וכן ראיתי להרמ"ה ז"ל שם סימן קפ"ח דל"ה ע"ב וז"ל ושמעינן נמי דאע"ג דלא כתבי סהדי שטר מודע' אלא דמסהדי ע"פ הויא מודע' לבטולי זביני דהא הכא כי פליגי בע"פ פליגי כו' יע"ש הרי דפשיט להו להגאונים דאף דאלימי עדים שחתומי' על השטר דהוי כמי שנחקרה עדותן בב"ד ומסהדי דהוה שמכירה בלתי שום זכר אונס כלל אלא רצה ויאות ברצון נפשו כו' עכ"ל אתו עדי מודע' ומבטלי עדותייהו דשטר המכ' הגם דנחקרה עדותם בב"ד בדרישה' וחקירה וז"ל הרב בעל המאור מודע' שיו דברינו נאמנים אפי' בשלח' ידם יוצי' ממקום אחר כו' ולא שנא ע"פ ול"ש בשט' לא מפליגינן שוב מאחר דקי"ל כמר בר רב אשי דבתרא הוא עכ"ל ומרן ב"י ז"ל שם סימן ר"ה שוס"י יו"ד הבי' דברי ר' ירוחם ז"ל שכתב ואם מסר מודעא בכולן אפילו ע"פ וידעו העדים באונס בטל המקח עכ"ל ומשמע דכ"ע מודו בהכי דודאי אין המודע' צריכה ליכתב אלא כיון דהעידו העדים דמסר להם סגי ולא הזכירו בגמר' כתיבה אלא משום דאורח' דמילתא לכותב' למען תעמוד ימים רבים עכ"ל והנה מכל זה נתברר דאף דבנדון דידן אין כאן כתיבת שטר מוד' לא שום מגרע' אלא כמודע' קיימת היתה אי לא היו הטעמי' שכתבנו למע' ושוב נזדמן לי תשו' מהר"י איסקאפה ז"ל דרמז הרב מע"ש ונד' ח"י ע"ב לדל הרב ז"ל דהאשה באה בטענה הלזו דלא בא המודעא בכתב אלא ע"פ ועי"ז השיב הרב ז"ל דזה אינה טענה כו' מטעמ' דכבר כתב ר' ירוחם ז"ל כו' יע"ש ויעו' להרב בני חיי שם סימן ר"ה הגה"ט אות ט"ל מאי דנש' ונתן הר' בהאי דינא אי אתי ע"פ דמודע' ומבטל שטר כתוב וחתום יע"ש ולא זכר מר מאי דכתיבנ' וכאמור ויעויין לר' ישעיה ז"ל בס' המכריע

הכלל העולה מכל הך שקלא וטריא דלפום דינ' בנ"ד דברי ר' לא שרירין ולא קיימין והמודע' בטלה ומבוטלת וכמו שפסק הרב המו' מארי דאתר' ברוסי'א יע"א הוא הרא"ש נר"ו דשמעון זכאי בדינו והן ידיע למנ"ר נר"ו וקמי שמיא גליא דמה אהבתי תורתו ואיות' נפשי להגות בנועם אמריו אמרות טהורו' תורת אליהו הוא הרא"ש נר"ו אבל מה אענה ומה אומר דהשתרגו עלו על צוארי עול הצבור עיר ואם בישר' קושטא רבתי עם יע"א וכל העם מקצה יחד עשיר ואביון הנה הנם נצבים עליו וח"ו איני מתרעם מטיגיעה ועמלם של הצבור בני אברהם יצחק ויעקב אהובי עליון אלא אל אלהים אשים דברתי ותפלתי קבע קמי אלהי אבי בעזרי שלא אכשל בדבר הלכה לחייב את הזכאי ולזכות את החייב ואחרי בלותי היתה לי עדנה לחזור על למודי וידי לא אסורות מלחפש ולדרוש בהני ספרי דבי רב שמהם תצא תורה להוציא דין אמת לאמיתו וכאשר יורני מן השמים האמנם אע"פ כן דבקה נפשי להשתעשע בדברו' קדשו ועלה בדעתי לבא בשורותים על מה ששרטט וכתב מנ"ר נר"ו וז"ל דמאחר דהרב מהרשד"ם סי' תי"ט כתב דלדעת ר' יונה ודעימיה דסברי דשפי' במתנה אם מסר מודעה ולפום אח"ך לבטלה בפי' מהני כו' וכיון דבשטר זה כתוב שקבל ש' שפום' כו' אפריש מחלו קת בזה הרי קבל ש' הפום' ע"כ לשון הזהב של מנ"ר נר"ו וכשאגיע

ובאלני לעצמי כי אני דידי יש לדקדק לפום ריהטא מאחר דמניי"ר לא בא להחזיק פסקא דדינא המודע' בטלה מכח החלוק' של הומר השבוע' אלא דלא מצי ר' לבא בטענת קי"ל כהחולקים על ר' יונה וסיעתיה יען דכבר קבל ס' הפו' א"כ מה יושיענו קבלת ס' הפו' הלא מאחר דאנוס היה על ביטול מודע' א"כ האונס והכפיה ממשמשת והולכת אף לקבל ס' הפו' דדא ודא אחת היא ובהדא מהת' מהתינהו שניהם יחדיו ידונקו ומאן דעביד הא עביד הא והרואה יראה דברי מהרשד"ם ז"ל הנה הנם בנויים ועומדים על הרי טעמי השעם הראשון דמאחר דרביע עליה דחובע הריה דשנו' לתבוע שום תביע' וטענה מינה דזכאי בדינו הנתבע מטעמו של ר' יונה ודעימיה והטעם השני דאיך אפ' להוציא מיד המו' יען דמצי למימר קי"ל וכמ"ש הכ נהדיא מהרשד"ם יע"ש וא"כ אף באנו לידי מדה זו מה דמות יערוך לנדון דידן דשמ' הנמחל בא להוציא מתחת יד ראו' מאחר דכבר כתוב בשטר המהי' ביטול מודעו' ואף דאנוס אהנייא ביטולה לדעת ר' יונה ודעימיה ושפיר הכיר מלאה ידו להוציא מחזקת ר' יען דכבר קבל ס' הפו' הלא ראובן לווה כערוכייא ובא בטענה דהיה היה אנוס בעידן ע"ק כמהי' ולאו כל כמיניה של שמ' להוציא מתחת ידו

ואם כונת מניי"ר נר"ו דמאחר דמפיו אנו חייה והוא אמר דהוה אנוס ואין כאן עדים להעיד דהיה אנוס א"כ לאו כל כמיניה להאמינו בטענתו אם כנים הדברים דכונת מני"ר כן א"כ למה ליה למניי"ר לכותו לשמעון מטעם ס' ר' יונה ודעימיה דס"ל דנכתוהו לבטל המודעה דמהניא ביטולה הלא אין כאן אונס וכיון דאינכאן אונס אהניא ביטול המודעה ולא בעינן קבלת סבר' הפוס' וכמו שכבר נאתי בארוכה למע' עד מקום בידי מגעת

ועוד נר' דהנייר נר"ו קילר. במקום שאמרו להאריך דכפי מה שסשרים לנו הרב מהרימ"ט ומהר"ם גאוורניכמגדולי האחרונים דכתבו דאין למדין מלשון המורגל בשטרות דכתבי ביטול מודעות וכבר כתבתי לדבר ה' בפיהו אמת של מרן אבי העודה מהרימ"ט ז"ל דנגר אחד מגדולי הראשונים ז"ל כתב נהדי' דאין למדין וא"כ בנ"ל נמי באנו לסברת מהרימ"ט ודעימיה דאין למדין וכאמור אלא דלזה כבר כתבתי למעל' דבנוסח השט' המוגב קמן בשאלה שפיר ידו אוחזת של שמעון לבטל המודעה ואף מהרימ"ט ודעי' מודין דהמודעה בטלה בהא סלקינן ובהא נחתי' דלדקו דברי מניי"ר נר"ו הוא הרא"ש נר"ו דשמעון זכאי בדינו וכך עלתה בהכמתי לפי קוצר דעתי כוותים דמר נקטינן בלא כה דברי מקיה רהמי אלפי אבי בעורי

הצעיר **אליעזר די טולידו**

סימן קיו.

שאלה ראובן שהשכיר ביתו לשמעון לזמן ובעודו דר שמעון בבית אמר לו ראובן שיתן לו חדר אחת יום אחד לשבוע לעשות מלאכתו שכך אמר לו בפני' ביצידן השכירות ושמעון טוען להד"מ ולא התנה עמו כן אלא התנה עמו תנאים אחרים אבל תנאי זה לא היה כלל כלל ור' טוען ישבע לו שמעון דתנאי זה לא היה לו בכלל ויפטר לתת לו החדר

תשובה הנה לפום ריהטא נר' דאמת יהגה הכו של ר' והוא נאמן לומר דכך התנה עמו בשעת השכירות והיא תשוב' הרא"ש ז"ל כלל א' סי' ו' ופסקוה להלכה הטור ומרן בש"ע סי' שט"ו וז"ל שמעון ששכר בית מר' ואומר ששכרו על תנאי שאם ירצה לשכור מהבית לאחרים שידורו עמו כו' ור' טופר בתנאי כו' ונסתפקתי מי יהיה נאמן בשבועתו דע כיון דר' השכיר ביתו לש' מסתמ' לדיר' ש' ובני ביתו השכירו כי כן דרך כל שוכר בית והרוצה להכניס דיורין אחרים עמו הוא מתנה בפי' ואם לא הביא עדים שהתנה כן קרקע בחזקת בעליה עומדת לכל ס' הנולד ביניהם וכל זמן שלא הביא ראיה כו' וישבע ר' המשכיר כו' ע"כ הרי בפי' דמלתא כדנא דנ"ד תורה יוצאה דהמשכיר נאמן בשבועה ואין לצדד ולומר דלא כתב כן הרא"ש אלא משום טעמא דיהיב דטענת השוכר הוא חמור' המנהג כי כן דרך השוכרי בית שלא להכניס עמו דיורין אחרים מש"ה המשכיר נאמן לא כן בנ"ד דטענת המשכיר הוא חמורת המנהג דדרך כל שוכרי בתים הם מקפידים מאד שלא יהיה לשום אדם אחיזה וזכות בביתו וק"ו למשכיר עצמו ועוד איכא לצדודי ולומר דתשו' הרא"ש אינו אלא דהעדיף כחו של משכיר מטעם דהשוכר הוא בא לעשות מעשה ולהביא עמו דיורין אחרים לא כן בנ"ד דאין השוכר בא לעשות שום מעשה אלא אדרבה באנו להעדי' כחו של משכי' שינא לעשות מלאכתו בביתו של שמ' זה לא מלהנו בתשו' הרא"ש ז"ל , הא לא מכרעם דכל הילי' של הרא"ש ז"ל הוא משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת לכל ס' הנולד ביניהם והאי טעמ' איתמר בגמר' אפי' לעשו' מעשה דאין זה נקרא קום עשה אלה שוא"ת וכ"כ הרמב"ם ז"ל פ"ו משכירות דין כ"ה וז"ל שהקרקע בחזקת בעלים ואין מוציאין דבר מיד בע' הקרקע אלא בראיה ברור' וכן בע' הבית שאמר לזמן זה השכרתיך והשוכר אומ' לזמן ארוך כו' בע"ה הוא המו' ומוציאו מן הבית ע"כ וכן פסקו הטור ומרן בסי' שי"ב וע' להכנה"ג הגה"ט אות מ"א והאי דינ' דהמשכיר אומר לזמן זה השכרתיך מי לא עסקינן דטעין לזמן מועט דבר דהשכל מנגד עכ"ז מאחר דהשוכר הוא המוצי' עליו להבי' ראיה מאחר דאין לו לשוכר בבית כי אם אכילת פירות וגופו של בית הוא של משכיר וכמ"ש הראשונים ז"ל או מטעמ' אחריתי דכל דבר דסופו לחזור לבעליו לא חשיב מוחזק מאן דתפיס ליה וכמש"כ הראשונים ז"ל וכתבתיו במ"א

ולא תקשי לזה שכתבנו מת' הכרם של הרשב"א ז"ל דהשיב הרשב"א ז"ל דמאחר דהש' הוא בתנאי אבל לעולם הלוקח כדין יורד לנכס' שהמוכר החזיק בכסף כו' הלא לזה טוען שיש לו להשתל' מתח' תנאו העמד הדבר בחזקת זה שהו' מוחזק בה עכשיו ע"כ

ע"כ דמתברר מדברי הרשב"א ז"ל הללו דלא אמרו גל ספיק' דאתיילד בקרקע אין הלוקח מוחזק אלא מ"ק הוא המוחזק אלא דוק' היכ' דהס' הוא בעיקר המכירה האומנם היכ' דהס' הוא בתנאי בעלמ' דזה אומר דכך הוה התנאי וזה טוען דכך הוה. התנאי מאחר דבין התובע ובין הנתבע · הנה הנה מודים דהקניית היא ברורה לא אמרינן מ"ק הוא המוחזק אלא אמרינן מאן דקאי השת' הוא ניהו המוחזק ולא עבדינן עובד' להוציאו מהקרק' וכפי זה פליג הרשב"א ז"ל עם הרא"ש ז"ל דנדון הרא"ש ז"ל הספק היה בתנאי ועכ"ז סמך עליה. הרא"ש ז"ל מטעמ' דמ"ק הוא המוח' הרואה יראה דהא לא מכרעה כלל מתרי טעמי חדא דאין כל התנאי' שוין והתנאי של נדון הרא"ש ז"ל היה היה דשיורי שייר לו לעצמו המשכיר שלא יהא רשות לשוכר להכני' דיורין אחרים עמו דלא השליטו בקנין השכירות אלא לשוכר ובני ביתו דוק' נמצ' דהס' הוא בעיקר קנין השכירו' היכי הוה הקנין וכמו כן בנ"ד עדיפ' מינה דשיורי שייר המשכיר זכות' בגוף השכירות לעשות מלאכתו ביום א' לשבוע לא כן בנדון הרשב"א ז"ל דאין בתנאי שיור כלל דלעולם כבר נתרוקן זכותם של הבעלים לגמרי ולא שייר לעצמו שום זכות אלא דבא טעון הלוקח דלא הוה שום תנאי אף בהורה והמוכר בא טוען דהו"ל זכות בחזרה דאם החזיר לו המוכר דמי המכירה אחר זמן מה יחזיר לו הקרקע באופן דהמוכר מודה ובא דעד זמן הגעת ההורה נתרוקן זכותו לגמרי אשר מטעם זה זכה ללוקח דחשי' מוחזק באופן דכשהספק הוא בתנאי שהמשכיר הוא המוחזק וכפסקו של הרא"ש ז"ל

האמנם ראיתי להרב כנה"ג ר"ס סי' קי"ס הגה"ט אות קל"ו דהביא משם מהרש"ח סי' מ"ו דדוקא היכא דהמחלו' בשכירות בהא ודאי מוקמינן הקרקע בחזקת המשכיר אבל כשמודה בענין השכירו' והתנאי ס' מוקמינן בחזקת השוכר ע"כ ולפום ריהטא הוא היפך תשו' הרא"ש ז"ל שכתבנו וכעת נזדמן לידי ספרו של הרב ז"ל וראיתי לו להר' מהרש"ח ז"ל שם דסיים וז"ל וכמו שנראה מתשו' הרשב"א והריטב"א כו' ע"כ וא"כ אפשר דאין כונת הרב ז"ל אלא דוגמ' נדון הרשב"א והריטב"א ז"ל דההנאי אינו אלא בהורה דוקא וכמו שכתבנו האמנם היכא דהספק הוא במתיילד בעיקר השכירות אי שייר לעצמו שום אחיזה וזכות בדבר השכור או שהמשכיר מוחזק וכנדון הרא"ש ומודה הר"ב ז"ל בזה

ברם ראיתי הדברים במפורש במאי דנשא ונתן הרב שם סי' מ"ו דע"ו ע"ש וז"ל הרי נר' מדבריהם דאם נתן ר' לשמעון קרקע במתנה ע"מ שיתן לו ק"ק וזו ונתנס בע"כ דקרקע בחזק' בעליה מ"ק קיימת אע"ג דהנותן שהחזיקו באותה מתנה כדין וירד המקבל בדין ונרשות עכ"ז כו' כיון דהוי ס' אם קיים התנאי או לא כו' ונשלמא למרן וקני לא פליג הרשב"א על דין זה דשאני נדון הרשב"א דהתנאי הוא ס' אבל היכא דיש תנאי ודאי הדרינן לכללין מ"ק כו' אבל לדברי מהרי"א נמצא דהרשב"א חולק עם הראשונים ז"ל כו' יע"ש הנה נר' מדברי הרב ז"ל דבכל ס' תנאי לא אזלינן בתר מ"ק וכמו כן לפי דברי הרב בנותן קרקע לחברו כו' והם מוחלקים בטענותיהן דזה אומר דהוה תנאי ע"מ שתתן לי ק"ק זוז וזה אומר דלא היה שום תנאי מאן דקאי בגויה הוא מוחזק ומינה בשכירות השוכר הוא המוחזק דקאי בתוכה וא"כ מה נשיב לתשו' הרא"ש ופסקו כן הטור ומרן ז"ל והני ספרי דבי רב וראיתי להרב כנה"ג שם סי' שט"ו הגה"ט אות ז' דרמז לן על תשו' הרא"ש הלזו מש"כ הר"ב ז"ל בחיבורו לסי' ק"ס אות קל"ו דהיינו תשו' מהר"ש חיון ז"ל יע"ש ואין אתנו יודע מאי כונת הרב ז"ל אם הוא לעמוד ע"ד הר"ב ז"ל דדינו שכן הרב מהרש"ח הוא היכך כסקו מה שפסק הרא"ש ז"ל דהמשכיר הוא המוחזק או דס"ל להרב כנה"ג ז"ל לחלק ולומר כמו שלדדנו למע' דמאי דזכה הרא"ש ז"ל למשכיר הוא מטעמא דטענת השוכר גריע דהוא תמורת המנהג (ע"כ נמצא)

סימן קטוב

שאלה . איש ואשה דנתחייבו ונתנו במתנה לאחרים בהיא תחלה כו' בלכת לא"י וסדר פרעון המתנות שיהיה מהליתן במית' אחד מהם ומתחיקן במיתת האחרון ויהי היום דמת האי' הנותן תחילה ונתפרעו המקבלי המתנות בחשל' ע"ש פ"א ובאו יורשי הנותן בטענה נגד האלמנה דמאחר דהאיש והאשה שניהם יחד נתחייבו בפרעון המתנות א"כ גם האלמנה מחוייבת להשלים וגורעין ופוחתין מכתובתה וממתנות שנתן לה בעלה בשע' אקי"מ והאלמנה טוענת וכתורה יעשה ושכמ"ה

תשובה הנה לכאורה עלה ע"ד דמעשי' בכל יום דייני באלמנות הבאות לגבות כתובתן הגם דבחיי בעליהן מכרו איזה בתים וחנויות ומפורש בשטרי המכירה דהודו האשה ובעלה איך נטלו וקבלו ס"מ מפ' ומכרו בית פ' או חנות פלו' כו' עכ"ז לא נגרעה נחלתן מכתובתן בטענה דהא כבר נטלה שך פ' מדמי המכירה דאין טענה הלזו היא מחייבת לאלמנה מטעם דאין הכונה אלא לגרו' כחה שלא תבא לגבות כתובתה מהדבר המכור אם לא תמצ' לגבות כתובתה ממ"ז · האמנם היכ' דשייר נכסים כדי לגבות הכתובה והמתנות שנתן לה בעלה כביר מצא' ידה ולית דימח' בידה בטענה הלזו כדי לגרוע כחה והכי מפורש בתשו' הרשב"א מיוחסות סימן ל"ו דנשאל על ענין זה דהיו טוענין היורשים לאלמנה דכבר קבלה מדמי המכיר ס"מ והאלמנ' טוענ' כו' תשו' הדין עם האלמנה מכמה טעמים הא' שכן דרך המוכרים בין איש ואשתו בין אב ובני' שכותבין כן אעפ"י דאין לוקח מעות המכר אלא הא' ולסופר' דשטר' רולה הלוקח שיכתבו לו כן כו' ועוד אפילו נודע באמת שהיא קבלה מחלית המעות ושהוציאתן לצורכיה אין מנכין כלום מכתובתה כו' יע"ש הרי דהסבר' לן הרשב"א ז"ל דאין טענה הלזו של היורש אבנים לפהות ולגרוע חיוב כתובתה ומתנתה כלל ומינה לנ"ד דאין כונתן של האשה ובעלה להתחייב לתת במתנה לאחרים לגרוע חלקה וכותה משטרי מתנות

מתנות ושטר כתובתה במאושרי׳ ומקויימי׳ ואין כונתם אלא לגרוע כחה מאותו דבר המכור וכדומה אם לא תמצ׳ לגבות ממקום אחר ברם היכ׳ דאיכ׳ נכסי׳ אחרי׳ וולתם ליה דין ולית דיין למימר לעלות על לב שלא יגבו כתובתן ומתנתן מאותן הנכסים הלי טעמא היפוא׳ לצדד לפום ריהט׳

האמנם הרואה יראה דתבר׳ בצידם ומה דמות יערוך ממכירה להיוב דמכיר׳ שאני מאחר דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים בהכרח איכ׳ למימר דלא באתה אלא לסלק שעבוד׳ מעליו ואין מנמתן אלא לעשות חפצו ורצונו של לוקח ושל מקבל מתנה וכמו שסיים הרשב"א ז"ל שם בהדי׳ דהא אפסיק׳ הלכת׳ בהדי׳ כותיה דריש לקיש דחזק׳ אין אדם פורע תוך זמנו כו׳ וכמו שאסבר׳ לן הרשב"א ז"ל בתשו׳ רמוה מרן ח"ה ריש סימן ל"ג וז"ל כתו׳ במ׳ נשאל הרשב"א ז"ל על ראובן שהיה חייב לגוי ותבע׳ בדיני גוים ובאת אשתו עם כתובתה וסלקה הגוי והגבו לה כתובתה ואח"ך בא שמעון בשטר חובו לתבו׳ כו׳ והשיב מה שנבת בדיני או"ה שלא כדין גבת׳ כו׳ וכ"ש כתובתה דלא ניתנה לגבות מחיים כו׳ ע"כ א"כ אין ראיה ממה שדייני דייני לגבו׳ לאלמנה כתובת׳ כנ"ל הנה דכבר מכרו איזה בתים והנויו׳ בחיי בעליהן

[?] תימ׳ מה הוכחה איכ׳ מתשו׳ הרשב"א הלזו דהוא סבר דלא ניתנה כתוב׳ לגבות מחיים ברם הא איכ׳ כמה תרבוות׳ דסברי דניתנה כתובה לגבות מחיים וכמו שאס׳ וקבץ הרב כנה"ג ה"מ סימן ל"ו הגב"י אות מ"א ומלי המוחזק לבא בטענת קי"ל וא"כ מה כוחם של דייני דייני להוציא מיד היורשים כדי להגבות כתובתן של האלמנו׳ אחר מיתת בעליהן מאחר דסמי בידייהו להוי׳ בטענ׳ קי"ל הא לא מכרע׳ דהא אסבר׳ לן הרב כנה"ג ז"ל בתשובו׳ ה"ב סימן ט"ל דבעירנו קושט׳ רבתי יע"א שנתגדלתי ושם מולדתי וראיתי לרבני הדור שלא היו דנין הא׳ דינ׳ דניתנה כתובה לגבות מחיים יע"ש ומאח׳ דהלכ׳ רווחת כן בהכרח איכ׳ למימר דלא באתה אלא לסלק שעבוד׳ ותו לה

ברם בחיובים דנתחייבו האשה ובעלה לאחריני אין ראיה ממה שאנו דנין מעשים בכל יום לגבות לאלמנה הכתובה והמתנות הגם דמכרו או נתנו בתים והנויות בחיי מיתת בעליהן ונאמור דלעולם איכ׳ למימר דסמי בידייהו של היורשי׳ לבא בטענה הלזו נגד האלמנה דגם היא מחוייב׳ להשלים מחלית החוב כדין שנים דנתחייבו וכמו שבא הדבר מפורש יוצ׳ בדברי הר"ב התרומות ז"ל שער מ"ד חלק רביעי וז"ל והיכ׳ שלוו איש ואשתו מאחר יש לאש׳ לפרוע מכתובתה מחלית החוב ולא תוכל שלא נכנסה דרך היוב אלא מדין ודברים סלקה נפשה אלא אף לפרעון ואם היתומים פרעו כל החוב חוזרין וגובין המחלה מונה כו׳ סוף דבר הרי הם בטענות הללו כשאר שני לווין שלוו ביחד ע"כ ופסקו כן הטו׳ ומרן ז"ל בש"ע ה"מ סימן ע"ו הנה מבואר מזה לכאורה דטענת היורשים שטוענין לגרוע ולפחות ממנ׳ מחלי׳ החיובים מהמקבלי המתנות שפרעו היורשים שפיר הכיר מלאה ידם של היורשים לעכב בידם ממה שהם

חייבים לפרוע הכתובה והמתנה שנתחייב לה בעלה ומה כח ב"ד יפה להוצי׳ מידם

ומהודענא דמלת׳ כדנ׳ כא לפנינו כ"ל ונסתפקנו בזה ואנא דאמרי דשניא היכ׳ דכתיב בשטר החיובים דנתחייבו האשה תחילה ואחריה בעלה כו׳ דהאי ליפנ׳ דבא להוכיח דאין כונתה של האשה אלא לענין סילוק שעבוד מהדבר המכור או הנתון דוק׳ אבל לא לענין פרעון מחליתו

ואחר החיפוש ראיתי להרב שבות יעקב ז"ל ח"א סי׳ קנ"ה דנשאל על זה דנתחייבה האשה עם בעלה ובאו היורשים בטענה שתפרע האלמנה מכתובתה מחלית מהחובות והאלמנ׳ טוענת דלא היתה כונתה רק לטובת הבעל וכיון דיש כאן כדי לפרוע כל החובות גם היא תיטול כל כתובתה בשלמות וכתב וז"ל וכנס לפום ריהט׳ לעתי נוטה שדברי האשה כנים המה וכן הסבר׳ נותנת אך דברי הש"ע עומדים עלי ככותל כו׳ תשו׳ כו׳ וולתי בס׳ דברי פי גבא כו׳ וז"ל נר׳ דשטרות שנכתבו האשה תחי׳ והדר בעלה כו׳ אין לכם דין זה אע"פ שיכול ב"ח לגבות מהאשה כמו מהאיש היינו דוק׳ משום ערבות כו׳ אבל לא משום שניהם שלוו כו׳ ואם כתב אשה והדר בעלה הוי כאלו מוכיח מתוכו שלא נכנסה בחוב זה אלא הבעל כו׳ ולא הפסידה כלום מכתובתה כשיש נכסים כו׳ וא"כ דון מינה בנדון שלפנינו דאשה נתחייבה היא עם בעלה דאמרינן שלא נשתעבדה רק לערבו׳ ואין נפרעין מן הערב תחלה רק ישתלם הכל מנכסי בעלה ואח"ך תגבה כתובתה בשלימות עכ"ד גם בח"ב סי׳ ק"ן כתב משם גאון וז"ל במעשה שהיה באחד שהשיא בתו ונתחייבו האשה תחילה ואחכ"ב לשלם תו״ב׳ שנים אחר החתונה כו׳ ומת אבי הכלה ובא החתן לגבות מחלית חובו מחמותו כו׳ נר׳ דבמה שתבע את חמותו שתשלם כהלי אין ממש בדבריו וכל יקר ראתה עיני בספרו שבות יעקב סימן קנ"ה ושם נאמר שאין האשה רק ערב בעלמא ואין מתשלם מן הערב כשיש ללוה ודבריו שם הם דפה"ח ע"כ

הנה מדברי שלשת הרועים ז"ל למדנו דהאי ליפנ׳ דשטר׳ המונג בשאלה דנתחייבו האשה ואחריה בעלה להורות בה דלא נתחייבה האשה כלל רק בתו׳ ערבות בעלמא ואי איכא נכסי׳ ללוה אינה נפסדת מכתובתה כלום וא"כ מינה לנ"ל זהו מה שעלה לע"ד וכן עשינו מעשה

ודרך אגב עמדתי על מאי דאסבר׳ לן הרב פ"מ ז"ל ח"ב סימן ל"ב דטענת מאי הפסדתיך הויא טענה אליבא׳ נגד ב"ח המוקדם וע"פ זה דן הרב ז"ל על ר׳ שהשכיר לשמעון מחלית מהבתים שהיה לו לזמן בשכירות מוקדם ושעבד לו כל נכסיו ואחר זמן מה מכר ר׳ המחלית מהבתים ליתומה אחת והעביר׳ בפנקס המוטב׳ ילי ע"ש היתומ׳ ונפטר ר׳ בלא בנים ונפל מחלית מהבתים השכורים למחלו"ל כפי נמוסיהם ורצה שמעון לטרוף מהיתומה ממחלית

מתחלית שבתים אחרים שקנתה מטעם שהוא מוקדם וסיתומה טוענת כי למה יטרוף ש' ממנה דמה הפסידה לש' שאם היא לא היתה קונה סחלק מהבית כו' היתה הולכת לטמיון כו' שהרי טעמא טרפת מתשעבדי הוא משום שאם לא היתה הקניה היה נשא' המקום ביד בעליו וסיה גובהו ב"ח כו' וזיכה הרב ז"ל ליתומה מהאי טעמא דמאי הפסלתיך יע"ש

ולכאורה יש להוכיח מתשו' הרשב"א ז"ל כו' דהביא מרן ב"י ז"ל ח"ה ריש סי' צ"ג וז"ל נשאל הרשב"א על ראובן שהיה לגוי עליו חוב ותבעו בדיני הגוים ובאת אשתו בכתובתה וסלקא לגוי והגבו לה נדונייתא ותח"ך בא שמעון בשטר חוב לתבוע בדיני ישראל לראובן ובאת אשתו ואמ' כ"ו הוא משלי כי כבר הגבו אותי מנדוניתי באלו הנכסים והשיב מה שגבת' בדיני או"ה שלא כדין גבת' כדין ב"ח שגבה קודם זמנו מה שגבה לא גבה וכ"ש כתובה שתא לא תבא לידי גוביינא לעולם כו' ע"כ הרי דפשיטא ליה להרשב"א דהגם דאם לא היתה הולכת לערכאות בכתובת' לא היתה נשאר משתין בקיר והיתה ידו של גוי הב"ח שולטת בכל מחוט ועד ש"ן וע"י השתדלות' של האשה עם כתובת' ביטל כחו של הגוי. ושפיר מצייא לטעון נגד ש'מאי הפסלתיך עכ"ו ס"ל להרשב"א לא אלים לבטל שעבודו של ב"ח הקדום ואם ירצה הדוח' לומר דלעולם אימא לך דבעלמ'ס"ל להרשב"א דמהני טעמא דמאי הפסלתיך והכא שאני מטעמא דלא ניתנ' כתוב'לגבו' מהייסכמו שראיתי להרב דברי אמת בוכרונותיו. אות שעבוד דהרב ז"ל הביא דברי ר"יו עלמותן כללמן דהביאם מור"ס ח"מ סי' צ"ו סכ"ד בהגה יע"ש האמנם בדברי הרשב"א הללו מפורש יוצא בהדיא דלא שנא כתובה ול"ש ב"ח אמרה דהא כתב בדין ב"ח שגבה כו'וכ"ש כתובה כו'

ועלה ע"ד לנדד ולומר דע"כ לא אמרה הרב פ"מ ז"ל דאהני האי טעמא דמאי הפסלתיך אלא דוק'בנדון דידיה דכבר נתרוקן זכותו של הלוה על קנינו שקנה הלוקח ומדין תורה הוא הלוקח דלא נשאר שום זכות וחזקה בממכרו ברם בנדון הרשב"א לא נתרוקן זכותו של ראובן מנכסיו ואוהלים כאשר המה ולא חלה זכות האשה בהם כלל דהגוי עלה ע"ד לתופסם וע"י טענת' של האשה לא באו לידי גביה האמנם כל לגבי דידן לא חלה בה ידים של קנים אשר מטעם זה לא אהניא האי טעמ'דמאי הפסלתיך נגד שעבודו של ב"ח הקדום (ע"כ נמלא כתוב וחבל על דאבדין)

סימן קיז

עובדא הוה בר'בלכתו לא"י ת"ו נתן במתנה לש' כל מטלט' ביתו שהיה לו בעת ובעונה ההיא בתנאי מפו'כתחז"ל דבאיזו שעה שירצ' ר' הנותן לקחת מאותן המטלט' אז כולן או מקצתן להשתמש או ליתן ולמכו'לאיניש אחריני' שיהא רשאי וטליט כאשר היתה באמנ' מאז ומקדם ובזמן שיבא שמועתו מעת פקודתו אזי כל מה שימצ' מאותןהמטל' שנתן במתנ' או כולן או מקצתן יוכה ש'זכיה גמורה ועתה נבא עת פקודתו קם המקבל מתנה לזכות במטל' שנתן לו ר' וטען היורש קיים שערך דנעשה כדין וכתחז"ל ותזכה בהם ונסתפקנו לכאורה כעת מאותה תשו' של הרב פרי הארץ ח"ב סי' י"א שהיה כענין נ"ד והשיב בדקל"ג ע"ב וז"ל וכיון דלא נודע לו בעת חיובו איזה סך ישאר נמלא דמתחייב בדשא"ק מאחר דלא שם קלבם עד סף פ' שישאר אם רב ואם מעט ודומה לזה כתב מהרשד"ם ז"ל א"ה סימן קכ"א דמאחר שכתוב מאשר ימלאון הו"ל דבר שאין לו קלבם ובאנו למחלוקת הראשונים ז"ל יע"ש וא"כ הכא בנ"ד נמי שפיר קאטעין היורש ומלי למי' קי"ל כדעת הרמב"ם ורבותיו ז"ל אמנם אחר העיון אין בטענת היורש כלום ואין דברי הרב פרי הארץ ז"ל מוסכמים להלכה דשמוכות שלו אינן סמוכות דמה שהביא ראיה מתשו' מהרשד"ם כו' יע"ש משם הויה תיובתים דהתם שאני דנוסח המתנה היה דאם תפטר היא בחיי בעלה כו'כלמה שימצא בעת ההיא מנכסי' החלי יירש בעלה ומאה לבנים ליורשיה והשאר הם לה' פ' וע"ו שהיב וז"ל דאין קנין זה מתם לדעת הרמב"ם שכןכתוב כחלי מהנל' השר ימצאון ואיןקלבא לא למעל' ולא למטה דאפ' שימצאו הרבה מאותם שהיו בשעת המתנ' או אפ' שלא ימצאו כלל כו' יע"ש הרי דלא ביטל אותה המתנ' מהרשד"ם אלא דבשעת הוכיה לא זיכה למקבל סך ידוע כנ"ד דכבר זיכה לש' מטלט' ביתו הידועים לכל בשעת המתנה ועל אותן המטלט'הלה מתנה אלא אמר' דכל מה שימצא בעת ההיא כו' דהיינו בעת פטירת' א"כ לזה כתב מהרשד"ם דכיון דאיןקלבה לא למעל' ולא למט'כלו' דאם היה קלב' למעל' מאחר דכבר חלה זכיי'המקבל באותן הנכסים הידועים אלא דהנותן הטיל תנאי בניסם שיהא רשאי ושליט כו' זה לא מגרעא כחו כאשר עלתה על דעתו של הרב פרי הארץ ומלבד דברי מהרשד"ם דמדוייקים דאין קלב' לא למעל' כו' הרי מהרשד"ם ח"מ סי' קי"ו הביא דבריו ה' כנה"ג סי"ס' הגב'י או' מ"ה דהמחייב עצמו למה שיפשר פ' דבר קלוב מקרי מאחר דהם יודעי'הסך והקנין שוא לפשר באותו סך ע"ש הרי דגיל' לנו ה'מהרשד"ם והסכימו. עמו רובם ככולם ע"ש וז דהגם דליכא שעור למטה דאינו יודע באיזה סך יתחייב אם מעט ואם הרב'מ"מ מה בכךכיון דידוע עד כמ'יעל'הפשר'למרב' סמכ'.דעתי' דמתחייב וגם הרמב"ם ורבותיו מודים בזה ומינה בנ"ד מאחר דכבר גיל'דעתו שנותן דבעין יפה מזכה למקב' כל מטלטלי הנמצאים עתה בביתו וידועים לו אלא דאם באולי ילטרך כו'כל מה שימצ' בעת פקודתו יזכה המקבל מתנ' שוב ליכא לאסוקי אדעתין דילמא לא סמכא דעתי' דנותן באיזה סך יזכה המקבל ואף הרב מהר"ס גאלאנטי כתב דהרב כנה"ג דפליג בפשרה וסובר דהוי דש"ק אף דאיכא שיעור למעלה . מ"מ בנ"ד יודה מהר"ס גאלאנטי ז"ל כמ"ש כיון דבראשית מאמר הנותן ויכהו

ויהבו למקבל כל המטלטלין דהיינו הסך הגדול תו ליכא לאסוקי אדעתין ולמימר לא סמכא דעתיה ולא גמר להקנות מאחר דאינו ידוע לנותן איזה סך ישאר אם מעט ואם הרבה לא כן בפשרה דהם חלוקים על עיקר הסך הגדול וכשיגמרו לעשו' פשרה ודאי דמסיק אדעתיה דאין הפשרנים מטילין עליו כל הסך הגדול הבא דוה אינו נקראת פשרה ואף אם מכרעים בעת הפשרה שיעלו בדעתם דהיובא רמיא עלייהו לקיים גורתם אף אם מטילים כל הסך הגדול הבא על איזה מהם שירצה מ"מ כ"ע ידעי דאין כונתם אלא לאגוים דאף אם יטילו מעט לזה והרבה לזה שיקבלו עליהם דנמצא דליכא גמר דעת כלל להקנות הסך הגדול הבא לשכנגדו אלא אדרבה מחרים נגד חבירו בעד אותו סך הגדול ומשום הכי חולק הרב מהר"ם גאלאנטי ז"ל

וראיתי להרב מע"ם שם אות ו"ך וס'דבבי' דברי הרב פרי הארץ וסיים דבריו

וז"ל ה' וראיתי להרשב"א ח"ג סי' קי"ד דבנותן כל נכסיו שיהיו נמצאין אחר פטירתו דכתב שאע"פ שיכולה ליתן ולמכור מ"מ כל מה ששיירה הרי הוא למקבל מתנה יע"ש ולכאורה מכאן גדולה אשכח דלימדנו הרשב"א ז"ל דהגם דליכא שיעור לא למעל' ולא למטה דהרי לכון שטר המתנה שיה דנתנה לבתה ולהתנה ד' אמות ק"ר ואגבן נתנם להם כל נכסיה מקרקעי ומטל' שיהיו נמצאין לה אחר פטיר' כו' וטענת היורש היה מאחר שהיא יכולה למכור וליתן אלמא לא גמרה ליתן ולא סילקא רשותה מהם ולזה השיב הרשב"א דאין טענתו כלום דאע"ג דיכו' למכור מ"מ כל מה ששיירה הרי הוא למקבל מתנה דקיי"ל כרשב"ג באומר נכסי לך ואחריך לפלוני דאין לב' אלא מה ששייר א' וכל מה שמכר הא'מכור הרי דהגם דהא' שמי בידיה למכור וליתן הב' קונה כל שארית הנמצא יע"ש אמנם אחר המחילה אין מציאתו כלום דהרשב"א הוא מכת הסוברים החולקים על הרמב"ם ורבותיו ז"ל ، וכמו שרמו מרן ב"י ז"ל חשו' הרשב"א בסי' ר"ו והיא התשו' דנה"ב סי' פ"ט וכמ"ש הרב כנה"ג ז"ל הרשב"א ז"ל שם דברים אלו שאמרת אינן מכוסין בידינו בעיקר ומעשים בכל יום שאנו עושים להפך יע"ש

ואף שיהיה אגב אורחין שמעינן משוניא דאחריך דהגם דמאי דמקנה ליה הנותן לב' הוא מאי דמשאר הא' וליכא שיעור'למטה אם מעט ואם הרבה עכ"ו לא מקרי דס"ק לדעת הרמב"ם ז"ל ורבותיו מאחר דאיכא שעורא למעלה דהא קאמר ליה נכסי לך דהיינו הידועים ומסיק אדעתיה דאם הוא באפשרות דהא' לא מכר ולא נתן מהני נכסי שום דבר קניל עלוהי להקנותן לו הן כולן או מקצתן נמצא דאיכא שיעורא למעלה ולא חשבי' ליה דס"ק לדעת הסוברים דלא מהני ווה היפך דעת הרב פרי הארץ וליכא למימר דהכא מודינן דסמיך אדעתיה מאחר דאינן בחזרה אצל הנותן אלא לא' ונדון הרב פרי הארץ שאני מאחר דלא סמיך יען הוי דס"ק לא קנה המקבל והוורת המתנה לנותן כיון דלא גמר להקנות ובהכיא דאחריך ליכא למימר לא גמר לאקנויי מאחר דאינו קצוב כדי שיוכה הא' דמה לי א' ומה לי ב' דהא ליתא דאם הוא דס"ק ליכא לפלוני כלל ואת ועוד דהא למ"ד מת ב' בחיי ראשון חוזרים הנכסים אצל הנותן נמצא דאיכא דלא קני הב' הוורת המתנה אצל הנותן נמצא דאיכא אופן דהיכ' דלא קני הב' חוורת המתנה לבעלים הראשונים והגם דלא קיי"ל הכי לאו הא בהא תליא וגם ליכא לצדד ולומר דהאלמו' קאי כדיניה דפי' לזה אם לא ימכור הא' ע"ם מה דא"כ נמצא דגמר לאקנויי לא' לגמרי אף למכור וליתן ומאי טעמיה דר' ולמדנו הרשב"א ז"ל באותה חשו' דה"ב דלדעת הרמב"ם ז"ל נמי כל המקנה לא'חלק ידוע כגון מעשר פירות היוצאין או שליסתן או רביעתן קנה דכל זה מקרי דבר קצוב וכך דעת הרב משפט לדק הביא דבריו ה' כנה"ג אות מ'ח ווה היפך דעת הרב פרי הארץ דהא נדון דידיה שיה כתוב וכל מה שישאר מכלל מעות כללו נתחייב כו' מחציית לזה ורביע לזה ורביע לזה יע"ש ، גם תשו' מהרשד"ם הנו' היה חלק ידוע והוי היפך דעת הרשב"א לכאורה ואיברא דה' כנה"ג שם באות כ"ו כתב דסברת הרשב"א ז"ל אינה מוסכמת והרמב"ן ז"ל פליג דגם זה מקרי דס"ק לדעת הרמב"ם ורבותיו ז"ל וגם איליה דהרשב"א מהביא דפרנסה התוס' פ' נערה ד"ן ע"ב במתקנת דבריהם כתבו דבין דאיכא שיעור למעלה ולא למטה כו' כל זה מקרי דבר דאין לו קצבה ופרנסה שאני דאפשר ללקוחות לברר הדברים ע"י ב"ד כו' יע"ש ולא תימא דהשתא דאתינן להכי נסייעיה לסברת הרב פרי הארץ מדברי התוס' כללו דלא היא כמו שיד'המעיין הרשום נכח' מרישיה לסיפיה נשאתי ונתתי עם מורי הרב אליהו עניו הי"ו והסכימה דעתו דעת עליון דוה לא מיקרי דס"ק ואין סברת הרב פרי הארץ ז"ל מוסכמת לדינא כנלע"ד

הצעיר **אליעזר די טולידו** ס"ט

סימן קח'

יש לחקור במי שהקנה לחברו קרקע ואין הקנין מועיל לפום דינ' אם ראהו המקנה משתמש לקונה בקרקע אי מהנייא האי חזק' ולכאורה סוה אפשר לדמויי במחלוקת הרמב"ם ורבותיו ז"ל פ' כ"ט ממכירה במוכר הקרקע פחות מבן ך'. דלדעת הרמב"ם הגם דהקנין דבשע' המכירה לא אהניי'מע' אם ראהו המוכר ללוקח משתמש בקרקע כשנעש' בן ך' זה חסיכה חוקה ונתקיימה ביד הלוקח ול דעת רבותיו ז"ל האי שמוש לא חשיב' חוקה כל שלא אמר ליה בפירוש לך חוק כו' ודעתיה סמיך אעיקרו של קנין דמעיקר' דלא היה בו כדי לקנות ולא חש למחויי

וראיתי לה' מח"א ה' קנין מעות סימן י"ג דחקר חקירת הכה .על פחות מבן ך' שקיבל מעות מן הלוקח כדי שיקנה לאחר שיג' לכלל ך' אי אהניי' מאחר דאין בידו עכשיו כו' והשיב דאה

דהא ליתא דהא כתב הרשב"א כו' דהאומר לקטנה התקדשי לי לאחר שתגדלי דמקודשת ואפי' נתאכלו המעות כו' יעו"ש והאי פשיטות דכתב הרב ז"ל אינו כ"כ פשוט דהנה הריטב"א בחי' לגיטין די"ג פ"ק וז"ל הא דאמרינן דמקודשת לאחר ל' יום ואפי' כו' דוק' כשהאשה רצויה בשעת נתינת המעות להתקדש לו כגון דהיא גדול' אבל אם היא קטנ' בשעת נתינת המעות ואח"ך גדל' ונתאכלו המעות נכ' הא ודאי אינה מקודש' יעו"ש הרי בהדי' דפליג עליו דהרשב"א ומינ' לפחות מבן ך' דלא מהני' ואיגר' דכפי טעמו של דבר שכתב הרשב"א שם בהדי' דקטנ' הוא משום כיון דתקינו לה רבנן נשואין הרי היא משתעבדת בכס' כו' יעו"ש וא"כ דוק' בקטנ' דקידושין שייך האי דינ' מאחר דתקינו לה קידושי' שלא ינהגו לה מנהג הפקר ברם בפחות מבן ך' דקיימינן מה דמות יערו' והיינו דכתב ה' ועדין

ומיהו מאי דפשיט' ליה להרב בהאי דינא דאם מעות הקניי' כן נעין דמהני דומה להא' דיש בכור דלכ"ע בנו פדוי אם לא נתאכלו המעות כשאני לעצמי נרא' דלא דמיא ולדידי הנס דלא נתאכלו לא קנה דמאחר דטעמו של דבר כו' דהפקיעו חז"ל קנין מכיר' בפחות מבן ך' הוא מטע' דמוזול בנכסי אביו דלא טרח בהם ומוכרן בזול א"כ אי אמרינן דמהניי' לדינ' אף דקבלת המעות הוא בעודו מבן ך' וקבלת שיווי' המכר הוא עכשיו א"כ מה הועילו חז"ל בתקנתם דחשו עליה שלא יהיו מעשיו מועילין כדי שעל ידי זה נחלקו אינה נפקעת סא תנר' עלית דהאי תקנ' בלד' דאי לא הא לא קיימ' הא אמנם במ"ש הר' דאם ראהו משתמש בבית לאחר ך' ושתק הרי זה קנאו בחזק' ונסתייע מדברי התוס' והריטב"א והרמב"ם שפיר קא סמיך •

ואיברא דמש"כ משם הריטב"א דגיטין באומר לקטנ' הרי את מקודשת לי לאחר שתגדלי דלא מהני הנה הריטב"א שם בחי' ליבמות דק"ע דפשיט ליה דמהני וכמ"ש משם הרשב"א וכבר ראיתי למהרי"ט אלגאזי בס' הלכות יו"ט דקפ"ט ע"ב דעמד ע"ד הריטב"א הללו יעו"ש ואי הוה אפשר לדיוקי דברי הרשב"א והריטב"א הנז"ל דנקטו דתקינו לן רבנן קדושין יעו"ש דבדוקא נקטו כלומר היכא דאין לה אב ומטעם דאין לה מי שישמרנה ומרדפין אחריה אמנם היכא דיש לה אב לא תקינו רבנן וא"כ שוב אפשר לומר דאין דברי הריטב"א דגיטין אמורים בכל גוונא ואחר החיפוש ראיתי למהרי"ט אלגאזי בס' שמחת יו"ט דקפ"ה ע"ג שכבר דרך דרכו בדרך זה וכן ראיתי להרשב"א פ"ב דקידושין ד"ן מה"ם שע"ז דכתב משם השאלתות ז"ל דהא דיכולה האשה לקדשם לבתה או אחיה דוקא היכא דשכיב אבוה אבל קיים אבוה לא יכלה יעו"ש והכי מתברר ממ"ש לאח"ך שם הרשב"א משם בע' הל"ג ז"ל דבקטנה דיש לה אב לא תקנו רבנן לה קדושין אם לא דהלך האב לארץ מרחקים ובהא מודה אף רב אחא ז"ל וכמ"ש הרשב"א דע"כ לא אמר' רב אחא דבחיי האב לא תי' דוק' היכא דהאב בעיר אמנם כשאינו אלא הלך למ"ה

הו"ל כיתומה כו' יעו"ש וכ"כ שם הר"ן ז"ל שם שכתב ע"ד הרב בה"ג דלא מצינו בשום מקום שתקנו חכמים ז"ל כך לקטנה שהיא ברשות אביה ע"כ וע' בתוס' שם ובדברי הראשונים ז"ל ובטור א"ה סי' ל"ז ומ"ג באופן דמשכחת לה אופן באומר לקטנה הרי את מקודשת לי לאחר שתגדלי דלא מהני היכא דיש לה אב ולא אמרינן לא פלוג רבנן בתקנתן

וראיתי להר"ב דברי אמת ריש קונט' ג' שהק' ע"ד הרשב"א הנז"ל דטעמא דקטנה דחלו הקידושין הוא משום דהיא משתעבדת כו' ממ"ש הרשב"א גופיה בשהיא דקטנה שנתקדשה שלא מדעת אביה דמקו' אם נתרצה האב אפי' דנתאכלו המעות יעו"ש דאמאי הרי קטנה זו אינה חייבת לשלם באכילתן של מעות הללו דהרי קטנה היא וגם האב לא קבל כלום ובמאי מקדשא יעו"ש ולפו' ריהט' היא מילתא דתמיה' וה' שמחת יו"ט שם כתב וז"ל • ולע"ד י"ל דהרשב"א מיירי בקטנ' שהגי' לעונ' הפעוטו' דבכה"ג אם לאוות' חייבת לשלם לכשתגדיל וכמו שכ' הרמב"ם כו' ומש"ה מקודש' אפי' נתאכלו המעו' משום דכיון דמחויבת לפרוע כשתגדיל בשהי' שנא' דמחיל לה מקודשת דהר"ו דומה להמקדש בהנא' מחי' מלוה דמקודש' דפשיט' דאף אם הלוה לה ליו"ד שנים ומחל לה בתוך זמנו דמקודש' כו' יעו"ש וכשאני לעצמי לא שייך במעות קדושין הניתנין לקטנה להלואה שלוות' הקטנ' דרב המרח' דע"כ לא חייבו לקטן להלוא' שלוות' הקטנ' דרב המרחק דע"כ לא חייבו לקטן בהלוא' הבא' לידו הוא משום כדי חייו דאי לא לא ימצ' לחם לאכול ומוטל ברעב אשר מהאי טעמא הוי תקנת הפעוטות וכמ"ש הרא"ש בפ' ב' דייני גזרות והביאו הטור ח"מ סימן רל"ה דאם לוה הקטן לצורך מזונות ופרנסה מחוייב לשלם לכשיגדיל יעו"ש וא"כ במעות הקדושין שהמקדש רוצה לקחת' והוא מחזיר אחריה לקדש' דאין כאן הטעם של חז"ל כל כה"ג אין כאן חיוב הלואה לכשנאמר דנשתעבדה כו' ותדע לכאור' דכל דלא שייך הטעם שגם דנהנה הקטן ובאו המעות לידו לא מחייב הקטן בפרעון הני' וזוי' דהא הרשב"א ז"ל בתשו' הביא דבריו מרן י"ד סימן ק"ם דיתומים שהלוו הם עצמם ברבית ואכלו פטורים דאכילת קטנים לאו כלום הוא יעו"ש ואם אית' דאתה מחייבה לקטנה בממון הקדושין הגם דלא שייך הטעם שנתנו חז"ל א"כ מהאי טעמא גופיה נימ' יתמי דאכלי דלאו דידהו כו' אלא משמ' לכאורה דבדוק' הלואה ומשא ומתן אמרוה חז"ל ובזה שכתבתי אשכחנ' לן פתרי למ"ש הכנה"ג בתשו' ח"מ ח"א סי' פ"ג דל"ד ע"א דתמה ע"ד הראשונים ז"ל דכתבו דהמפרנס ליתום קטן דחייב הקטן לפרוע כשיגדיל דהא משנה שלמה שנינו חש"ו פגיעתן כו' והשת' ומה חבלה מחבל הוא בעצמו פטור במזונות לא כ"ש יעו"ש דאין כאן תמיהא ע"ד הראשונים ז"ל דכל מידי דהוא צריך מזונו' ופרנסה לקטן דתלוי בהן כדי חייב ל"ש היכא דהקטן בעצמו לוה ל"ש היכ' דהלוו לו לקטן ופרנסוהו כל דהוי מידי דמזון חייבוהו חז"ל לקטן

לקטן דלשלם לכשיגדיל ודברי מהר"ר עובדיה דהני' הרמ"ע מפאנו כאשר רמז לן ה' כנה"ג ז"ל ליתנהו גבן להבין דבריהם על בוריין

ועוד יש לעמוד ע"ד מהרי"ט אלגאזי הנז"ל שכתב לטעמו דהרשב"א בהאי דנתרצה הוא מדין הלואה דמחייב הקטן לשלם הא נמי משמע לכאורה דלא תכרע' דהא כתב ה' תה"ד בסי' שמ"ח דכמו דקי"ל דהיכ' דאית ליה אפוטרו' לקטן אין מקחו מקח כו' כמו כן אם יש לקטן אפוטרופוס אין הלואתו הלואה ולא מחייב לשלם הקטן לכשיגדיל יע"ש וכבר כתב הרשב"א בתשו' חלק ד' סימן י"ב דכל בת הסמוכה אצל האב הרי אב כדין אפוטרופוס וכוי כיתומים שסמכו אצל בע"ה דהרי הוא אפוטרו' יע"ש וא"כ הכא נמי הרי יש לה האב והוא אפוטרופו' על בתו ואם לותה אינה מחוייב' הקטנ' לשל' לכשתגדי' וכמ"ש ה' תה"ד ז"ל וא"כ הדרן לעיקר קושיין דבאיזה ממון מקדשה

אלא דיש לומר דאין זה כל כך הכרח דאפ' דהכא דבת אצל האב חשיב האב אפוטרו' מ"מ לאו לכל מילי אמרוהו כדי שנאמ' דאין קניינו קנין ולא חקנו התקנה שתקנו גבי פעוטו' לגבי קטן שיש לו אב ול"ד ממש ליתומים הסמוכים לבע"ה ויש סיוע לזה ממ"ש הרשב"א שם בתשו' סימן רמ"ב דהשיב הרשב"א ז"ל דאם הקטן הוא חרי' דבר פשוט הוא דזה דמסר לו המתנ' פטור שהרי בא לכלל הפעוטות דמקחו מקח אף דקטן שלנו היה לו אב ומסתמא סמוך הוא אצל האב דקטן ן' שש שנים היה

ואיך שיהי' קושיית ה' דברי אמת ז"ל על הרשב"א והרמ"ה לא אפרקה וראיתי לה' מהר"י קולון שורש ל"ב דהכא דהקדימ' לה' ד"א על דברי הרמ"ה מעין קושייתו וז"ל וכי תימ' א"כ דלדברי הרמ"ה דאין הקדושין חלין למפרע היאך יוכל לומר דאפי' נתאכלו המעות כו' הא כיון דנתאכלו המעו' במה מקדש' וי"ל כיון דבתורת קדושין יהבינהו מקודש' אפי' נתאכלו כדמוכח גבי האומר לאשה הרי את מקו' לי לאחר ל' יום יע"ש ולכאור' אין תירוצו מספיק דלא דמיא להאיא דהאומר כו' דהתם מאחר שהיא גדול' איכא שעבוד גופה וכמ"ש הרשב"א הנז"ל וס"ה בקטנ' דאין לה אב אבל בקטנ' דיש לה אב היכי מקדש' וקושיית ה' דברי אמת ז"ל ואי הוה אמרינן דפשיט ליה למהר"י קולון כסברת ה' מהרי"ט אלגאזי הנז"ל הוה אתי שפיר וכבר ראיתי לה' קמ"ר פ"ג דאשות דעמד על זה ע"ע

ומאי דפשיט ליה להרי"ט אלגאזי ז"ל שכתב דהר"ן דומה להמקדש בהנאת מחילת מלוה דפשיטא דאפי' אם הלוה לה ליו"ד שנים ומחל לה בתוך הזמן דמק"ו יע"ש הנה הרי"ף ז"ל בסוגיית הלו דהנאת מחילת מלוה פ"ק דקדושין כתב וז"ל הנא' מלו' כגון דמטי' זימני' למיגב' מינה הונו כו' ואמר לה בההיא הנאה דמרווחנ' ליך כו' יע"ש וע"ש בדברי הראשונים ז"ל מהמ' מדבריהם דכל דלא מטא זמן פרעון החוב ליתיה בתורת קדושין גם ה' בית שמואל סימן כ"ח סע"ק כ"ג ולו' עלה ע"ד לדקדק בדברי התוס' דפ' הגוזל דהכל תלוי בתביעת ב"ד דכל דהיא תבע' לה כגון דלא הגיע זמן הפרעון לא מחייב' לא מהני אם אומר לה בהנאת מחילת מלוה יע"ש הנלע"ד כתבתי

הצעיר **אליעזר די טולידו** ס"ט

סימן קיט

שאלה ראובן שהיה חייב לשמ' סך מה בזה האופן דהיינו שנתחייב ראובן לשמעון מעכ' מנה בכל שנה לכל ימי חיי ראובן ואפי' עד חמשים שנה כו' בשטר קיים כתוב וחתום ככל חיזוקי סופר והקנה לו מטלט' אגב מקרקעי ואח' זמן לה מלוי ראובן סך מה ועתה בא ממונו של ראובן ביד יהודה שמכר ראובן ליהודה חזקה אחת מהני פתחי השוק' ועכבוהו ב"ד דמי המכירה בידו של יהודה ובאו שמעון ולוי לסלע במחלוקת דשמ' רוצה ליטול הסך כנז' מטעם דיומא כי האידנא ראובן חייב לו מכך וכך שנים שעברו מנה בכל שנה שעול' יותר ויותר מסך דמי מכירת החזק' ולוי טוען דאין לשמ' להיפרע מסך דמי המכירה אלא הסך שנתרבה עד זמן ההלואה שלוה ממנו ראובן דעד אותו זמן חשיב שמעון מוקדם אמנם במה שנתרבה אחר הלואתו לא חשיב שמעון מוקדם אלא אדרבא לוי חשיב מוקדם מפני דבזמן ההלואה דחל חיובו של לוי עדין לא היה חייב ראובן לשמעון כדי שנאמר דנשתעבדו נכסיו של ראובן לשמעון

תשובה הנה לכאו' נר' לפום ריהט' דטענ' לוי דהוא ב"ח מאוחר טענ' אלימת' היא דבעידן דהלואה שלוה לוי באותה שעה היה שעבודו בנכסי ראובן הלוה ברור בלתי שום ס' ושעבוד שמעון לא היה על נכסי הלוה אלא עד בא זמן תשלו' השנה דנמצא דאין כאן חיוב שמעון על נכסי הלוה דע"כ לא מקדמינן ב"ח מוקדם לגבי ב"ח מאוחר אלא היכא דשעבודו ברור מעיקר' דאין השעבוד תלוי בזמן אמנם היכ' דהשעבו' המוקדם הוא מתרבה והולך מיום ליום עד תשלו' הזמן וכגוונא דנ"ד מאן לימא לן דאף בכה"ג חשבינן ליה מוקדם

אמנם כבר בא הדבר מפורש במרן בש"ע סימן ק"ד סעי"ו וז"ל ב' שהלוו לגוי בזה אחר זה ואין בנכסי הגוי כדי לזה ולזה וכשבא ראובן המוקד' לגבו' שטרו קרן ורבית טען שמעון רבי' שעל' מזמן השטר לא תגבה עד שאגבה חובי לפי שלא חל חוב הרבית מזמן השטר אלא בכל יום ויום הוא מתרב' אין בדברי שמעון כלום ע"כ והרשב"א הוא מארי דהאי שמעת' וכמ"ש שם בב"י מתו' א' וסיים שם הרשב"א לפי שמשעת זמנו של שטר חייב עצמו בכל הרבי' שיעשו מעותיו ובהדיא שנינו דפוסק לזון את בת אשתו שנזונת מנכסי' משועבדים אע"ג שהמזונות דבר יום ביומו נתחייב בהם אלא שהשעבוד חל עליו משעה שקבל עליו המזו' יע"ש הרי בהדיא לכאורה ממש כנ"ד דלא מגרעא כחו של ב"ח מוקדם במאי דמתרבה חיובו מיו' אל יום אלא אזלינן בתר עידן זמן החיוב שנתחייב מעיקרא וסמיך עלה הרשב"א ז"ל ממשנה ערוכה דאע"ג דבעידן שקנו הלקוחות עדין לא היה חייב הלוה חוב המזו' הבאים אלא בכל יום ויום מתרב' והולך

והולך עכ"ו. כל שהחיוב הוא שנתחייב מעיקר' לכל הזמן שיהיה מאותה שעה נשתעבדו נכסיו של לוי ולא משגחינן ממה שמתרבה חיובו אלא דין פרעון אית ליה ויש מי שרלה לומר דע"כ לא משגחינן במה שמתרבה החיוב מיום אל יום אלא דוקא היכא דנתחייב לזמן קלוב וכגוונא דמתני' וכי האי גוונא הוי נדון הרשב"א דהכונה הוא דמעתה ומעכשיו נתחייב הסך שיעלה לפי הזמן שקלב והמשכת הזמן הוא לפרעון החיוב אמנם היכא דלא קלבו זמן וכגון שנתחייב לכל ימי חייו אז לא אמרינן דהמשכת הזמן דין פרעון אית ליה אלא אמרי' הב"ח מאוחר קודם לב"ה מוקדם

ואני אומר דמלבד דהסברה מנגדת דבר זה דאם אתה אומר דאע"ג דהחיוב מתרבה מיום אל יום עכ"ו בתר עידן חיובא אזלינן . א"כ מ"ל היכא דקבע זמן ולא קבע זמן עוד איכא לאתמוהי על סברא זו דהלא הרשב"א והר"ן והריטב"א בחי' פ' הנזקין שלה דמתני' אין מוציאין למזון האשה והבנו' מנכסי' משועבדים כתבו דע"כ לא טרפה האשה ממשעבדי אלא דוקא היכא דלא קנו מיד הבעל בשעת הנשואין אבל אם קנו מידו של בעל גובה האש' מזונו' מנכסי' משועבדים דילפי להמנת אשתו וכ"כ הרב המגיד פי"ח מאישות דין י"ג משם הרשב"א ז"ל וז"ל ומ"מ העלה הרשב"א דאם קנו מידו על מזונות האשה שהיא ניזונת אפי' מן המשועבדין ואפי' מזונו' לאחר מיתה של הבעל טרפה ממשעבדי אם מוכרין בכתו' מזונות לאחר מיתה יע"ש ומרן בא"ה ס"סי צ"ג הביא תשו' הרשב"א מיוחסות סי' מ"ט שכתב וז"ל מיהו כדי להתלמד אני אומר לך שאם קנו לאשה מיד הבעל למזונות הרי היא ניזונת אפי' מהמשועבדים כדאוקימנא כו' יע"ש וע"ש למרן שעי"א מה שרמז תשו' דסי' ז"ן

הנה מכל זה מוכח דמי שמתחייב להברו בקנין סך מה לשנה הגם דלא נתן קלבה לשנים עכ"ו חל שעבוד נכסים וטריף מן הלקוחות שקנו מיד הלוה הגם דקדמו הם קודם השלמת הסך המתרבה מיום אל יום דבתר עידן חיובו אזלינן אמנם כל זה הוא למה שנתרבה מעת הלואת הב"ח השני עד זמן שבא לגבות הב"ח השני דיהבינן ליה לב"ח המוקדם מה שעלה ונתרבה עד אותה שעה של הגוביינא ברם מה שעתיד לעלות ולהתרבו' דעדין מחוסר זמן הא לא מעכבא לו' שיגבה מעכ' הרבית שיעלה דהא במזונות של בת אשתו גופיה מש' דלאו מעכשיו יכולה לטרוף מן הלקוחות המזונות שעתיד להתרבות מיום אל יום וכן משמע ממ"ש הרמב"ם פי"ח מאשות שם שכתב וז"ל אבל אם הניח קרקע יכולה היא לעכב שלא ימכרו ואם מכרו אינה מוציאה מיד הלקוחות שאין האשה והבנות ניזונות אלא מנכסים ב"ח ע"כ ופסקו מרן ז"ל א"ה סימן צ"ג סעיף כ"א ומשמע דטעם העכוב מפני דע"י המכירה היא מפסדת אשר מטעם זה קא יהיב הרמב"ם דר"ל דאם מכרו כו' פא אילו לא יש כח בידה לטרוף מן המשועבדים לא מליא לעכובינהו ביד היורשים שלא ימכרו אלא היורשים מלו למכור והיא טורפת מזונותיה בכל זמן וזמן כאשר נתנו הכמים ז"ל . וכן משמע מת' הרשב"א במיוחסות דסי' ז"ן שכתב וז"ל אין האלמנה יכולה לעכב ביד הב"ח מלגבות חובו כו' שאם אתה אומר כן כל מי שיש לו אשה ואפי' אין כתובתה אלא מנה ויש לו ק' מנה ויש לו ב"ח לא יגבה חובו מנל' כלום דכבר הוא משועבד למזונו' אשתו דעכשיו כתובי' אלל משועבדים שהכל נהגו לקנות מידו וחזרו הנכסים כבת אשתו אם כן פטרנו אותו מכל חוב אם בעל אשה הוא ואינו כו' . וכן בעל חוב מוקדם אינו יכול לעכב ביד ב"ח מאוחר לגבות חובו עכשיו כו' יע"ש וכן כתב בפשיטות בח"א סימן אלף קי"א יע"ש וכ"כ הרא"ש ה"ב סימן י"ל ועי' בח"א סי' הרי אפילו בחוב ברור שהוא בע"ח מוקדם וכבר חל משע' הלואה שעבוד ברור עכ"ו כתב דהב"ח מאוחר גובה עכשיו מינה אבל אשה ובת אשתו וכאמור

ומעתה אני תמיה על מ"ש מהרשד"ם א"ה סי' קל"ו והביא דבריו הכנה"ג ח"מ סי' ס' הגהת ב"י אות ז"ך על מי שנתחייב לזון לקטן עד ט"ו שנה ומת המתחייב והניח אלמנה והיתה מאוחרת והשיב הרב וז"ל ומכל מקום אומר אני כו' שהרי כתב הרב התרומות כו' למדנו שאפי' לדעת האומרים דהמתחייב עלמו בדבר שאינו קלוב שחייב לקיים כיון שהיה בקנין מ"מ לא מהני אלא לחיובי דוקא לדידיה לא לגבות ממשעבדי ואם כן נמלא שבעלה זכות ר"מ לגבי אלמנה ע"כ דהא כבר כתב הרשב"א ז"ל דמתני' דאין מוציאין למזון האשה כו' מתניא דוקא בלתי קנין אמנם היכא דאיכא קנין בחיוב המזונות אלימא מילתא דקנין לטרוף ממשעבדי ואם כן דמאחר דנתחייב לאחיו הקטן בקנין גמור ודאי דטריף אפילו ממשעבדי ועוד כלון הרשד"ס ז"ל דנתחייב בקנין עד ט"ו שנה היינו בת אשתו ומוציאין אפילו ממשעבדי

וראיתי להרב כנה"ג שם סי' ס' שהי' לתו' מהרש"ח ז"ל וז"ל דיפה למל הרב מהרשד"ס דכיון דמת המחייב ונפלו הנכסים לפני האלמנה אין הניזון גובה למזונותיו לשנים הבאות מאותם נכסים דלמזונות השנים הבאות הנכסים כם המשועבדים כו' ולא מהני החיוב כו' שוב אין לאותם נכסים חיוב שיזון מהם שהניזון שיש חילוק בין דבר שיש לו קלבה שזוכה תכף ומיד לדבר שאין לו

קלבה

קלנה ואינו חיוב החלטי אלא חיוב נמשך לפי הזמן ע"כ הנה הרב סמך שתי ידיו ע"ד מהרשד"ם דכל שהחיוב נמשך לפי הזמן דין משועבדים אית ליה וב"ח המאוחר קודם וכפי זה דברי הרשב"א הנז"ל דגובה הב"ח מוקדם הרבית הכונה הרבית שעלה דוקא עד אותו זמן שהגיע הפרעון של ב"ח מאוחר לא הרבית שיעלה לאחר זמן וכפי תירוצו של מרן ב"י ח"מ סי' ל"ו סעי' מ"ב וז"ל ומ"מ ק"ל כיון דכתוב בכתובה ומזונייכי הרי נשתעבד לה בשטר ולמה יקדים לה כו' ואפ' דטעמא משום דחיוב מזונות דמכאן ולהבא ודאי דמ' קודם משום דלא הגיע זמנה לגבות ע"כ הרי לימדנו הרב ז"ל דבשני ב"ח מוקדם ומאוחר כל היכא דחיוב המוקדם הוא נמשך והולך מיום אל יום ב"ח המאוחר קודם וכן פירש הסמ"ע דברי הרשב"א שם ס"סי ק"ד ס"ק ג"ל וכן הרב ב"ח ס"סי ע"ב פירש דברי הרשב"א ז"ל דאין זכות לב"ח המוקדם לגבי המאוחר אלא לגבות הרבית שעלה כבר אבל לא לרבית שיעלה אח"ך יע"ש

אמנם הרב כנה"ג עלתה רוח אחרת אתו בדברי הרשב"א והשיג על מרן ב"י ז"ל בסי' ל"ו הגב"י אות ט"ל וז"ל תמיה לי דהא תנן דבנת מוליאה מנכסים משוע' ובמזונות דלהבא קאמר כו' אלא ודאי אע"פ דהמזונות הם דבר יום ביומו השעבוד חל בהם משעה שקבל עליו המזונות וכן ראיתי להרשב"א שהביאה מרן סי' ק"ד מ"ך וא"כ כפי דבריו של הרב כנה"ג בסי' ל"ו אזל' ליה יסודו ע"ד הרשד"ם שכתב בסי' ש' גם הש"ך סי' ע"ב סע"ק קנ"ו השיג על פירושו של הב"ח בשמו' הרשב"א הנז' דהרשב"א ז"ל אמרה אף לרבית שלא עלה עדין גובה הב"ח מוקדם דומה לבת אשתו וטעמו של הרשב"א הוא כיון שהגיע לזמן גובה כל הרבית שיגיע עד זמן הפרעון הכתוב בשטר ע"כ וזה מעין הסברה שכתבתי למע' ואנן בדידן כבר כתבנו והכרחנו מדברי שלשת הרועים ה"ה הרשב"א ז"ל והריטב"א והר"ן ז"ל שכתבו בפשיטות דכמו דמזונות בת אשתו מן המשועבדים הכי נמי עכשיו שנהגו לקנות מזונות אשה מיד הבעל דחזרו מזונות אשה כבת אשתו הרי הגם דאין כאן קביעות זמן כלל עכ"ז טורפה ממשעבדי בכל זמן וזמן ולא מעכשיו וכנז"ל

ומש"ש הטור ריש סי' ק"ד דבשני ב"ח מוקדם ומאוחר המוק' קודם הוא לגבות אפילו אם הגיע זמן הפרעון של המאוחר כו' ראובן שקדם זמן קנייתו קודם לגבות בין מלוה עצמו מן הלקוחות ע"כ כבר כתב הכנה"ג שם הגה"ט אות י"ב ובהגב"י אות ה' משם הראנ"ח דהכונה דהא מיירי שבאו בשעת גוביינא של המאוחר כבר הגיע זמנו של המוקד' יע"ש וע' מש"כ מהרי"ך ז"ל בס' נתי כהונה ה"א דפ"ט ע"ד מרן ז"ל הנז"ל וע' מה"א ה' רבית סי' מ"ב בית אברהם ס"סי ק"ד נני יעקב בהגהו' על הטור סי' ק"ד כהונת עולם ה' רבית ס"סי ק"ע ואיך שיהיה לעיקר נדון דידן שכתוב בשאלה דהשתא בשעת הגוביינ' כבר עברו כמה שנים לפרעונות של שמעון המוקד' יהבי' ליה לש' ואין טענת לוי טענה וכאמור

ברם צריך לברר אם משגחינן ליה לשמעון דהוא ב"ח המוקדם הגם דכתוב בשטר שבידו נאמנות מפורש עליו ועב"כ באנו למחלוקת הגאונים ז"ל אי מהניא נאמנות לגבי לקוחות ובעלי חוב דהנה • (ע"כ נמצא כתוב וחע"ד)

סימן קך

שאלה ראובן ושמעון שותפים והוצרכו ליתן את לוי כדי שילך לקריה הוכוה לעשו' משא ומתן שלהם בכל הבא מידו לקרב התועלת ולחתום באיסקריטאות בעדם ובשבילם ולוי בא בשכרו לשנה לפי הסך שקצבו ביניהם וילך לוי לעיר פ'ראנקיאה ונתעסק בעס' ראובן ושמעון באמת ובתמי' כהלכת סוחרין יהודאין כחפצם ורצונם של ראובן ושמעון ועברו כמו שתי שנים ונשברו ראו' ושמ' ולא יכלו להתעסק עוד בעסקם ובא לוי מבתם להכ' יען דכבר נתבטל העסק ותבע לוי את רו"ש שיתנו לו כל האיסקריטאות שחתם בעדם ובשבילם של רו"ש דכל זמן דהחתימות שלו הנה הנם ביד הסוחרים אי אפשר לו להתעסק בשום עסק כלל דאם רוצה להשתתף עם סוחרים אחרים או להשכיר את עצמו לסוחרים אחרים מפני שיצא טבעו בין הסוחרים שגבר' מהימנא הוא והו' מושלם בכל מידי דשייך לעסק הסוחרי' מתפחדי' הסוחרים שמא הב"ח דהחתימות של לוי הם בידם של הסוחרים הם ידם אוחזת ליטול כל מה שיש בידו דכך נימוסי בין הלועזים דהגם דקדמה להו ידיעה דכל החתימות שחתם לוי באיסקריטאות לא היה אלא בעבור רו"ש שהם היו בעלי הממון ולוי אינו אלא שליח שלהם דבא בשכרו ופעולתו היה מ"מ מנהגם ונימוסם של הלועזים לשלם במיטבא מאת בעל החתימה דעפ"י החתימה הוא מוצי' ממונו מתח' רשותו ועתה בא לוי וצווח ככרוכי' בפנינו דלמה חלק' מדת הדין למות ברעב הוא ובני ביתו עוללים שאלו לחם פורש אין להם מפני אימת המציק של הסוחר דכשרואים איזה ממון או שום עסק בידו חוטפי' ממנו אשר מטעם זה אין שום בריה רוצים להתעסק עמו מטעם הפחד והאימה הלז ורו"ש באו בטענה דימתין לוי עד שיתפשרו עם הסוחרים בעלי האיסקריטאות ויטלו החתימות של לוי ויקרעו אותם קרעים ולוי השיב כנגדם וכי עד שיתפשר הסוחרים לפי רצונ' וחפצם של רו"ש לשלם למחצה כו' יהיו ידיו אסורות וכלו נבית זה אין הדעת סובלתו ועל זה קרנו ויאתיון והקרינו את משפטן לפני ב"ד שפי"ת •

תשובה אבא בקצרה יען דאין הפנאי מסכי' להאריך כאשר מן הראוי והנם המע' ירא' דלא דמיי' נ"ד להאי תשו' הרשב"א דהביא מרן ב"י ז"ל סימן קפ"ח מהי"ג וז"ל מי שהגיע לו נזק מחמת שליחותו של המשלח כו' אם חייב המשלח לשלם לשליח נזקו תשו' אין המשלח חייב בתשלומי נזק

נזק ממון השליח כו' דמה הזיק לו המשלח ומה הגיע לו מחמת פשיעותו וכ"ש אם השליח שכיר שהרי הלך בשכרו ולדכתיב ואליו הוא נושא את נפשו כו' יע"ש דלכאורה איכא למיל' מדברי הרשב"א ז"ל דהגם דהשליחות גרם לו לשליח הזק ממש בממונו לא נתחייב המשלח כ"ש וק"ו היכ' דליכ' היזק בממון השליח בפועל אלא מניעת הריוח דהשליחות גרם לו ביטו' עסקו דאין ראוי לישא וליתן במש' ומתן ומינה בנ"ד דע"י שליחותם של רו"ש של מהאם ומתנם גרמו לו ללוי ביטול עסקו

ברם הרואה יראה דאדרבה מתשו' הרשב"א ז"ל הלזו איכ' למיל' לנ"ד דחייבין רו"ש לסלוקי מעל לוי השכיר האי נזק' דהא כל טעמו של הרשב"א ז"ל אינו אלא דמה הגיע לו מהמת פשיעותו של המשלח כו' הגע עצמך מי ששכר פועל נפח ויצ' נץ מתחת הפטיש והדלי' גדישו של נפח. מי חייב בע"ה מפני שהיה מלאכתו כו' עכ"ד הרי דכל טעמו של הרשב"א ז"ל לפטור את המשלח אינו אלא דמה פשע המשלח בהבאת הנזק וכמשל הנפח האמנם היכ' דעיק' מנויו של השליחות אינו אלא כדי שיעשה העסק. פי' ואין העסק ומש' ומתן הנז' נגמר אם לא בחתימת השליח וזהו מינוים של רו"ש המשלחים ללוי לעשי' פ'ראנקיאה דזהו מנהגם של הסוחרים או הולך אחד מהם להתעסק ע"י חתימת השות' ההולך שם או מניחים שם גבר' בהדיקייהו או שאין מאמינים לשום אדם אלא השולחים מהכ' להתם גבר' מהימנ' דידעי' להפוכי בזכותייהו ונמצ' דלהא המנוהו מעיקר' וחזקת שליח עושה שליחותו וא"כ מאי אהני' טענתייהו של רו"ש המוב' בשאלה דימתין זמן מה והגהות מרדכי דרמז מרן ז"ל שם שכתב וז"ל נ"ל אם הלך ראובן בשליחות שמעון בשכר ונתפס בדרך ולא בסבת שמעון שאין חייב לפדותו ע"כ הרי דתלה הדבר דמאחר דלא היה סיבת התפיסה בעבור המשלח שאין הרגלים לחייבו הא אם היה המשלח סיבת התפיסה מחייבינן ליה למשלח לשלם במיטב' וכ"ש וק"ו בנ"ד ומה התם הגם דלא נתכוון המשלח להיזק התפיסה עכ"ז חיובי מחייב' ליה כ"ש היכ' דעיקר מנויו של השליחות היה לישא וליתן על סדר ואופן זה דלוי השליח ישתעבד בחתימתו באיסקריטאה להסוחרים דזהו עיקר עסקם ומשום דמחייבינן להו לרו"ש השותפים לסלק מעל לוי כל מה שנשתעבד בחתימת ידו והכי מצאתי ראיתי להרב המבי"ט ז"ל ח"ג סימן קנ"ו רמזו הרב כנה"ג שם הגב"י אות ד' דנשאל על ראו' שעשה שלי' את שמעון שיקנה לו בית אחד מגוי פ' והלך שמעון ונתפשר בש"מ ואח"ך נתפרע ראו' והגוי נתפרע משמעון בערכאות ועתה שמ' תובע מראובן ההפסד שהגיע לו מסיבת ראובן וראובן השיב דמזלו גרם והשיב הרב ז"ל אחר שהבי' דברי הרשב"א והגה"מ הנז' וז"ל שלא כתב הרשב"א אלא דלא בא ההיזק מסיבת המשלח כגון דאם היה הולך השליח לצורכו היה נשב' כו' אבל אם דרך משל אלו השבאים היו שונאי' למשלח וידעו כי שמ' היה שלוחו וע"כ שבוהו וכ"ש אם כו' בין להרשב"א ובין לדעת הגה"מ אבל אם היה שליחו' זה בשכר לדעת הגה"מ ז"ל חייב כו' עכ"ל הנה אסבר' לן הרב המבי"ט ז"ל כאשר דייקנו דברי הרשב"א ז"ל

האמנם דא עקא שמוכח מדברי המבי"ט לכוא' פשטן דהיכ' דהוא בא בשכרו לדע' הרשב"א פטור אפילו דבא ההיזק מסיבת המשלח ולדעת הגה"מ ז"ל פטור ונראה דהבין הרב ז"ל כן בדברי הרשב"א שכתב וכ"ש אם השליח שכיר שהרי הלך בשכרו ואליו הוא נוש' את נפשו כו' דבא הרשב"א ז"ל לאשמועינן דהיכ' דבא בשכרו אפי' מסיבת המש' מטעמ' דקרא וא"כ בנדונא דנ"ד דלוי בא בשכרו לא מחייבינן להו לרו"ש ושעירי ועטירי מלשלם דמצו לטעון קי"ל כהרשב"א ז"ל לפי דעת הרב המבי"ט

וכשאני לעצמי לא שמיעה לי כו' דמלבד דמתשו' הרב המבי"ט ז"ל מח"א ס"ס קכ"ג דהביא תשו' מהר"י קולון ז"ל על ראובן ששלח את שמעון בשכירות לעשות שליחותו כו' ובאו גנבים וגנבו ממון המשלח וממון השליח ונתעלמו בדין וכל אחד תובע את שלו והשיב הרב ז"ל דהמשלח פטור מפני דלא בא האונס של הגנבה מסיבת המשלח וסמך ידו על תשו' הרשב"א הלזו וסיים הרב המבי"ט על תשו' הלזו של מוהריק"ו ז"ל וז"ל ומשמע דדוק' הא"ג אבל כשהגנבה כו' מסיבת המשלח חייב ע"כ מוכח דהגם דנדון מהריק"ו ז"ל היה דשמעון היה בא בשכרו אם היה הגנבה דבאו שודדי לילה לבקש ממון ראובן המשלח היה הדין נותן לחייב את ראובן המשל' מטעמ' דההפסד בא מסיבתו ואפשר דזהו כונת הרב ש"ך ז"ל דכתב שס"י קע"ו סע"ק ג"ן וע' מבי"ט ז"ל סימן קנ"ו וכ"ע ועי' סימן קכ"ג ע"כ הרי מוכח מתשו' הרב המבי"ט הלז מח"א דהיכ' דההיזק בא מחמת המשלח אף דבא בשכרו השליח חייב המשלח אף לדע' הרשב"א ואין כונת הרשב"א להוסי' במ"ש היכא דהוא בא בשכרו וכמובן

ועוד נראה דבנדונא דנ"ד מחייבינן לרו"ש מאחר דלוי על ידי חתימת ידו באיסקריט' הוציא הסחורות מיד המוכרים בעלי הסחורות ונטלם ושלחם להשותפים רו"ש נמצא דאין כאן שום נזק והפס' בדבר כלל אלא לוי תובע מרו"ש אי אתם מודים לי דכל מה שלקחתי בהקפה מיד הסוחרים ע"י חתימת ידי הכל כאשר לכל שלחתי אתכם ולא נשאר בידי מאו' אלא הכל הוא אתכם ומאחר דהב"ח דוחקים אותי שאפרע להם זכותם והדת נתונה דאמת יהגה חכם א"כ מאחר דזכותם הוא אצלכם חובא רמיא לכם לקיים מצות פריעה ובמלת' כדנ' ליכא מאן דאמר דאין המשלח חייב יען דהשליח דין לוה ומלוה אית

ולפי האי טעמא שכתבתי הרואה יראה דנ"ל עדיפא מתשו' מהר"ם ז"ל הביאה המרדכי ז"ל פר' הגוזל קמא סימן ק"ס והיא בתשו' מהר"ם הארוכות סי' קל"ה והביאה הרב המבי"ט ז"ל שם סימן קנ"ו ח"ג וז"ל מהר"ם מי שמעמיד חבירו ערב לנכרי ודאי עליה דידיה רמי לסלוקי ואפילו אם הגוי מעליל עליו שלא כדין מאח' שמחמתו שהעמי' לו ערב בא עליו הצרה הזאת כו' ע"כ וכ"ש וק"ו בנ"ד

בנ״ל דומה התם דאינו אלא ערבות בעלמא דלא נשא ונתן בדידן מהר״ם ז״ל דלכוס דינא דיוביה מחייב ללוה לסלוקי מעליו מאי דתבע מיניה הגוי כ״ש בנ״ד דלוי השליח ליוה מבני אדם בין בני ובין שאינם בני ברית ובא לידם של רו״ש דאיוביה מחייבי רו״ש לשלם במיטבא ולסלוקי מעל לוי כל הבעלי חובים הבאים בחתימת ידו של לוי ותשו׳ הלז של מהר״ם ז״ל רמזה הרא״ש ז״ל בתשו׳ כלל ה״י סי׳ ז׳ דנשאל הרא״ש שם והביאה הטור ז״ל סימן קל״א סעי׳ ו׳ על ראו׳ שלוה מגוי ונתערב שמ׳ בעבורו כו׳ והוצרך שמ׳ הערב לשלם לגוי בעבור ראובן כו׳ והשיב הרא״ש ז״ל כיון דמודה ראו׳ שהכניסו ערב לגוי חייב לפרוע לשמעון כל מה שיברר שמ׳ שפרע לגוי ואפי׳ אם הגוי תבע ממנו הממון שלא כדין כו׳ יע״ש הרי למדנו מדברי מהר״ם והרא״ש ז״ל דאפילו בערבות מחייב הלוה לסלוקי מעל הערב כל מה שנשתעבד בעבור הלוה ומינה לנ״ד וכ״ש הוא ׃

וכי תימא אם באנו לדמות נדון דידן לפי מאי דמחייבינן לערב א״כ דיו לבא מן הדין כו׳ דמה התם אין חיובו של לוה לשלם לערב אלא אם כן אחר דפרע חובו של לוה ואם עדין לא פרע הערב׳ אין כאן שעבוד נכסים דלמפרע הוא חל וכמו שמבורר מסוגיא דפ׳ איזהו נשך דע״א ע״ב דמהאי טעמ׳ מותר לישראל להיות ערב לגוי המלוה לישראל היכא דקיבל עליו לדון בדיני ישראל וכ״כ רש״י ז״ל שם וז״ל לדון בדיני ישראל כו׳ והשתא אין הערב לוה מתחילה הילכך כי פרע לנכרי ההיא שעתא הוא דאוזפיה להדדיה כו׳ יע״ש וז״ל הרב הנמק״י ז״ל שם בסוגיין אבל היכא לפרוע מאיזה מהם שירצה מותר כו׳ וכשהגוי נפרע באותה שעה הוא שחל שעבודו על הלוה והרי דכבר נתחייב בכל מה שהוא פורע בשבילו עכ״ד והרמב״ן ז״ל הביא דבריו הטור ח״מ סימן קל״א סעי׳ ג׳ כתב דערב אז קבלן שתבע מהלוה להוציאו מן הערבות אין שומעין לו אפי׳ שהלוה מבזבז כו׳ כך אין זמנו של הערב על הלוה עד לאחר שפר׳ בשבי׳ יע״ש הרי מבורר מכל זה דלא חל חיובו של לוה להשתעבד נכסיו ולשלומי ליה לערב אם לא היכא דקיים מלוה פריעה דעקר שעבודו של מלוה מנכסי הלוה ואם כן נאמר לכאורה בנ״ד דלא מחייבי רו״ש לסלוקי ליה ללוי מההתימות של האיסקריטאם ומה שכתבו מהר״ם והרא״ש ז״ל דמחייבינן ללוה לסלוקי ליה לערב מנהו׳ היינו דוקא היכא דכבר קיים מלו׳ פריעה

הרואה יראה דהא לא מפרעה בנ״ל לנדון דידן לוי השליח לאו תורת ערבו׳ עליו כדי שנאמר עדין לא חל שעבודו אלא תורת לוה ומלוה איתליה ללוי דהוא ניהו הלוה מיד הסוחרים ואיהו חוזר ומלוה הוהן להשותפים רו״ש וכמו שכתבתי ומאחר שהן לווים מיד נשתעבדו נכסיהם ללוי ואפי׳ דלא פרע עדין לוי לבעלי הסחורה ומעתה אין אנו צריכים ליקח וליתן בטענה הכתוב בשאלה דידיו של לוי אסורות דלא אפשר למעבד שום עסק ושום משא ומתן מחמת הפחד שמא יחטפו ממנו הסוחרים בעלי הסחורה שיש בידם האיסקריטאם ועוללים שאלו לחם ומוכרח הוא למכור כלי הבית לזון את בני ביתו בלחם צר ומים לחץ דאם אנו באים מצד טעמ׳ אין בנו כח לחייבם לרו״ש דאינו אלא גרמא בעלמ׳ וכבר אסברה לן הרא״ש ז״ל בפ׳ החובל דפ״ה ע״ב מה שאמרו בתלמוד דחייב שבת דהדקיה באינדונא ובעלי׳ דאיירי דהכניסו לחדר וסגר בתוכו אבל אם היה כבר בחדר וסגר עליו את הפתח גרמא בניזקין הוי יע״ש ופסקו כן הטור ומרן בש״ע סימן ת״ך סעי׳ י״א הרי דהיכא דהגורם לא עשה שום מעשה לבטל את חבירו ממלאכתו אלא גרמא כגון התם דסגר דלתי פתחו וע״י זה נתברר היזקו דלא אפ׳ ליה לעשות מלאכתו ובני ביתו מוטלים ברעב והוא מוכרח למכור כלי ביתו לזון ולכלכל את נפש בניו ובנותיו מ״מ לא חשיב אלא גרמ׳ ולא דיני׳ דגרמי וכ״ש בנ״ד דומה התם דמתכוין לבט׳ את חברו על כריזה פטור מטעם דלא עשה שום מעש׳ כ״ש בנ״ד דמעיקרא לא נתכוינו רו״ש אלא לשוכרו לו ללוי ונתנו לו שכרו משלם אלא דאה״ך נמשך לו ללוי ביטול משא ומתן שלו יען דלא אפ׳ להו ולא עלתה ע״ד להזיק ללוי ולבטל ממלאכתו והר״ב מה״א ז״ל ה׳ שכירות סימן ח״י נשאל על ר׳ דאמר לשמ׳ הכב׳ סיו׳ בביתך ואני אתן לך חלק ממה שארויח בשרס׳ וחזר בו ונס׳ ונתן הרב ז״ל בדברי הראשונים ז״ל דמחבר׳ מדבריהם דכל שחברו הפסיד עפ״י דיבורו דיבורו חשיב מעשה והביא לדברי הרא״ש הנז׳ וסיים וז״ל והשת׳ בנ״ד שאמר לו שב בביתך כו׳ דאינו ברור מה שפסידו דשמא לא היה מרויח כי אם מעט מזער לא נתחייב ראובן לתת לו חלק מכל מה שירויח יע״ש והרואה יראה דבנ״ד לא שייכה דברי הראשונים ז״ל כלל דמעיקרא בא בשכרו היה וגם לא דמי נדון הרב מה״א ז״ל לנ״ד דהתם הא ביטה בשפתיו הכבד כו׳ ואני אתן לך כו׳ אסר מטעם זה היינו הרב ז״ל מעט מזער לא כן בנ״ד דלא נחתו מעיקרא רו״ש ולא עלו על דעתם לבטלו בשום היזק כלל כלל דהא לא היה ללוי שו״פ סוחר דראוי הוא ליקח וליתן עמו דלא היו מכירין אותו כלל אלא דעל ידי הפס׳ והמשא ומתן של רו״ש מלא חן בעיני הסוחרים הלועזי״ם באופן דאם לא היה המשא ומתן של ראובן ושמעון לא היה ללוי שום זכר סוחר בעולם דבשלמא אם לוי יצא מקום קדמתא קודם שנשכר לרו״ש היה שמו נודע דראוי הוא ליקח וליתן עמו ולהקי׳ לו כדרך המנהג הסוחרים היה אפ׳ לומר דיש דמיון וכדמות ראיה להדמות לנדון הרב מה״א ז״ל ברם היכא דלא יצא טבעו ואת שמו לא שמיעה להו להסוחרי׳ מחמת דלא היה ראוי לוי בעסק משא ומתן של הסוחרים אלא דרו״ש בקשו ללוי לשלחו לקרית הוכות ושכיר הוא ובא בשכרו ליקח וליתן בעבדם ובעבור׳ ולחתום באיסקריטאם ומחמת עסקו במש׳ ומתן של רו״ש מלא חן בעיני הסוחרים דנבררא מהימנ׳ הוא אלא דבהמשך הזמן לא אפ׳ להו לרו״ש ליקח וליתן

כאשר

כאשר היתה באמנה ובאו לסדרים ומאחר זה ממילא נתבטל לוי מהתועלת דנמלך מעסקו של ר״וש דמלא מן לוי בעיני הסוחרי׳ ורוצים הסוחרי׳ ליפרע וליתן עם לוי מאחר דכבר יצא ויצי שומעו לגברת הנאמנ׳ הוא וע״פ זה בא בטענה לוי כנגד ר״וש אתה גרמת לי כל זה וכנגדו באו ר״וש והשיבו לו מה תצעק אלינו דלא די גודל צערינו דנתבטל המשא ומתן מאללינו ואתה בא להוסיף צערינו

הנה כעולה ממה שכתבתי ראש לוי הבא בשאלה איהו גיהו לוה הסוחרו מהסוח׳ ע״י חתימתו וחוזר ושולחן לר״וש נמצא דבשעת שקבל הסחורה נשתעבדו נכסיו למלוים והדין עמו דמחייבי׳ להו לר״וש לסלק ללוי מה שיסקריפטאם הנה דלא פרע לוי לבעלי הסחורות האמנה היכא דבעלי הסחורות מכירין את ר״וש הנה דרוצים ג״כ חתימת לוי ושמי בידייהו לפרוע ולגבות חובם גם מר״וש דהנה הנם מלוים להם ולוי שלוחם אינו אלא תורת ערב או קבלן שלהם אוי דינא דלא מצי לוי לבא בטענה דיסלקו לו משעבו׳ דנשעבד לפרוע להסוחרים דכל כמה דלא פרע להם אין כאן שעבוד וכאמור

ובפי׳ שכן דכפי הנשמע לוי הבא בשאלה אין לו אפי׳ דין ערב או קבלן כלל אלא דין שמרת של ר״וש דכבר קדמה להו ידיעה ברורה לבעלי הסחורות דהכי הוי ומנהג הסוחרים הוא דאין להם לגבות חובם אלא דוקא מידם של ר״וש ולא מיד לוי אפי׳ פ״ק מאחר דלוי בא בשכרו ואינו אלא שמרת שלהם הנלע״ד כתבתי

הצעיר **אליעזר די טולידו** ס״ט

סימן קכא

שאלה ר׳ שמכר לש׳ תפלים נקנין הראוי לו ואחר שקנאם לא היו כל המצות מזומנות לו אלא מקצתן נתן לו ובא ראובן המוכר בראות שאין יד ש׳ הלוקח משגת לפי שעה לפרוע בשלימות מעות המקח נטל משמעון מקצת מהתפלי׳ בתורת משכון ואחר זמן שבא ש׳ ליטול המשכון ולפרו׳ לא מצא ר׳ שיעור התפלים שנטל בתורת משכון אלא מצא מקצת מה שנגנב מחנותו ועתה לשאול הגיעו למי נוגע הנזק והפסד הלז אם על המוכר או על הלוקח

תשובה לפום ריהטא נר׳ לכאורה דהנם דכבר נודע מחלוקתן של הראשונים ז״ל אי מלוה על המשכון אי ש״ש הוי או ש״ח הוי ותלי׳ בשוהו׳ לומ׳ קי״ל ומינה בנ״ד מ״מ אפי׳ להאי סברה כנגד שיווי ערך המשכון ניכא מפסיד כמו שכתבו ז״ל האמנם מהרי״ב ז״ל ח״ג סי׳ קע״ז רמזו ה׳כנה״ג סקי״א הגב״ע וה׳ ש״ך סקי״ט דאם נגנב חלק מהמשכו׳ ויש במה שנשאר שיעור כל החוב מסתבר׳ דהמ׳ אינו מפסיד כלום נאחוזו באותה הנגנבה דהרי מה שנגנב הוא היתר על החוב וכבר נשארו בידו כנגד כל החוב וכו׳ יע״ש טעמו וע׳ לה׳ פ״מ ח״א סי׳ י״ב דהביא דברי מהרי״ב ז״ל אלו גם ה׳ מט״ם אות י״ז הגב״ע רמז דברי מהר״ש גאון דגמגם ע״ד מהרי״ב ז״ל האמנם כתב דנר׳ דבטל דעתו נגד דברי מהרי״ב ז״ל וכתב דהכי נקטינן ע״ש ומעתה אם בנ״ד איכא במפלי׳ הנשארים שיעור כדי החוב א״כ לא מפסיד כלום ראובן

אבל׳ יש לצדד אי דמיא נ״ד למחלוקתן של הראשונים דאפ׳ דע״כ לא קא סברי כת מן הראשו׳ דהמלוה על המשכון דאינו אלא ש״ח משום דלא שייך במלוה שום הנאה דמאי דיהיב שקיל וכל הנאת המלוה הוא של הלוה האמנם בגוונא דנ״ד דבא בדבר מכר דמי המכירה ואלו לא היה מכר לא היה מלוה לו ללוקח אפי׳ במשכון א״כ נמצא דבשביל מקחו קז מכוין יתכן דאפושי פלוגת׳ לא מפשי׳ ואמרינן דבכה״ג וכדומה כ״ע מודו דהוי ש״ש והכי מדוקדק ל׳ הגאו׳ שבאונים שער ב׳ סימן א׳ רמזו הרב מט״ם אות ח׳ וז״ל והוי״ל הלוהו על המשכון ש״ש כו׳ ול״ש שקל מניה זוזי ול״ש שקל מיניה פרקמטי׳ ש״ש הוא אי שקל משכו׳ כו׳ יע״ש הרי להו לרכו הגאונים לפ׳ דבריה׳ דסברת׳ לו׳ דמלוה על המשכון ש״ש הוא ל״מ במוכר לו פרקמטיא אלא אפי׳ בהלואת מעות דליכא שום הנאה וריוח למלוה עכ״ו הוי ש״ש וא״כ נאמר דלא פליגי על הגאונים דהוי ש״ח אלא בהלוקם דמלוה אבל בחלו׳ דמשכון דמכר לא פליגי מאחר דאיכא טעמא רבה לחלק

וראיתי למהרי״ב בתשו׳ הנז׳ דנסתפ׳ כיוצא לזה והביא דברי התוס׳ דפ׳ האומנים ד״פ ע״ב ד״ה דקא תפיס כו׳ דכתבו דמאי דקא מהדר תלמו׳ לאשכוחי טעמ׳ במלוה על המשכון דליהוי ש״ש ולא נקיט טעמ׳ רויחא דבהכי׳ הנא׳ דתפיס ליה אחובי׳ הוי ש״ש משום דבמלוה על המשכון לא אהני מלוה מידי במה שהלוה ממה שלא היה מלוה וכתב וז״ל ומהדברים הללו נראה דבנ״ד כיון דהנאה מרוב׳ אית ליה במה שהלוה דלכ״ע הוי ש״ש כו׳ ומ״מ לרי׳ לעיין ולהתיישב בדבר יע״ש ומאי דנקט הרב בלישני׳ הנאה מרובה לאו דוקא דהא דברי התוס׳ הלשון מבוארת דנקטו דמלוה על המשכון לא אהני מלוה מידי כו׳ אלא דלכאורה יש לעמוד דהא כתבו התוס׳ שם ד״ה הא גמרתיו וז״ל וא״ת כו׳ ויש לומר דלא מהני טעמ׳ דתפיס כו׳ אלא דוקא בעוד שמשתכר באומנותו דתרתי בעינן שמשתכר ותפיס ליה אאגריה ע״כ וכפי דבריהם הללו ממילא מתרצ׳ קושייתם דלעי׳ במלוה על המשכון אמאי לא נקי׳ טעמא דתפיס ליה משו׳ דבעי׳ עודו משתכר כו׳ והאי דינא דגמרתיו הל׳ היא הרי דהגם דהחפץ תפוס בידו נעל החוב וקא רוח ליה מידי עכ״ו הוי ש״ח וקושייתם ותירוצם דלעיל הנה הנם לפי תירוצם הראשון דהאי דינא דגמרתיו הוא לפי המסקנא דמדמינן אומן למוכר דלהאי תירוצא לא בעינן תפיס ועודו משתכר

וראיתי להרב בא״ו שם בפרק האומנים דפ״ב ע״א דהביא דברי הראב״ד ז״ל ק״ל תיפוק ליה משום דתפיס כו׳ מדלא אמר הכי ש״מ איתיה להפוא פי׳ דפרישנא לעיל גבי אומן דלא שייך למימר גבי משכון שאינו רשאי להתכבד בו כלל א״נ שאינו מרויח בו כלום כל׳ בתרא ע״כ וכבר הביא הרב בא״ו שם דפסק דברי הראב״ד ז״ל גבי אומן יע״ש ונמצא

ונמצא דנ"מ לדינא לשני תירוצים הללו של הראב"ד לתירו' הראשון הטעם דלא אמרו בתלמוד גבי מלוה על המשכון הטעם דתפיס הוא משום שאינו רשאי להתכבד בו כלל א"כ גם בנ"ד לא מצי להתכבד בו ולטעמ' דתירוצא בתר' דהוי משום דאינו מרויח אם כן בנ"ד נמי הא איכא רווחא ותירוצא בתרא כת' הראב"ד דהוי לפי המסקנא וגם הרשב"א שם בדף ב' הביא מה שהק' הראב"ד ותי' משום דנהנה בו שהרויח אבל כאן לא הרויח כלום בהלואת המעות ע"כ ומהמעות דברי הראב"ד נראה דלטעמא דתפיס כו' לא הוי פירושא כדכתבו התוס' דשתיק ביה טעמא דרווחא אלא טעמא קמא הוא משום דתפיס דוקא ולטעמא בתרא הוא דקא מפיק הכי טעמ' דרווח' ולפי דברי התו' טעמ' דרווחא כבר מסיק תלמודא אדעתיה מעיקר' אלא דהא חידש ליה במסקנא דמהני טעמא דרווח אע"ג דליכא גביה תפיס והר"ן בתשו' סי' ך' הביא מרן ב"י שם סי' ע"ב שכתב וז"ל שאם נאמר שכל התופס דבר למשכון נעשה עליו ש"ש וכההיא דאומן א"כ הלוהו עיסה כו' כיון דתפי' כו' אלא ודאי כו' גבי אומן ה"ט משום שהרויח בדבר אבל זה שלא הרויח לא וכ"ד הראב"ד ע"כ וריהטא דלישנא משמע כס' התוס' ז"ל דלישנא קמא דתפיס דמהני היינו בטעמא דקא רוח נמי א"כ מאי דסיים סברת הראב"ד ז"ל כפי מה שהביא חידושיו הר"ב נ"י כנו' הוא מטעמא בתרא דמסקנא דתלמודא והר' הנמק"י פ' הגוזל בתרא ופסקו מרן בש"ע שם סע"ו כתב וז"ל וכת' הריטב"א במלוה על המשכון ומתא' אפי' נעשה עליו ש"ש בההיא הנאה דתפיס ליה אוזי וכן באומן בכלי אומנותו וכן דעת מורי הר' ז"ל ע"כ וזה כס' הראב"ד ז"ל דלטעמא קמא דקאמר תלמודא דתפיס לא בעינן דשתיק ביה דאיכא רווחא אלא מטעמא דתפיס ליה אוזי להוד חשיב ליה הנאה והוי ש"ש דאי ס"ל כס' התוס' ז"ל מאי הנאה איכא ועי' מה שעמד ע"ד הריטב"א הללו מהרש"ל פ' הגוזל בתרא ה"ד הש"ך ס"ק ל"ה

וראיתי לסמ"ע שם סקי"ד שכת' דטעמא דמ"ד דמ' על המשכון ש"ח היינו דלא חשיב זו הנאה אם אולי בא עני בשעת הלואתו וה"ד במש' ששכינו לטובתו בלא רבית אבל אם השכינו משכונו של גוי ונותן לו ממנו רבית ע"כ היותר נר' פשוט דהוי ש"ש כו' דבהנאה גדולה כזו מסתברא דכ"ע מודו דהוי ש"ש כו' ושמעתי דהריב"ל נסתפק בזה והנלע"ד כתבתי ע"כ וריהטא דלישנא משמע דכוונתו הוא דלא חשביה לשו לכת הפוס' ז"ל דהוי ש"ח הנאה פורתא כזו פרוטה דרב יוסף ואולי כו'

אמנם היכא דאיכא הנאה ורוח בה הוי ש"ש אע"ג דלא הוי הנאה גדולה ומינה בנ"ד דר' המוכר המשכון שהוא תחת ידו תפיס ליה על עיקר הקרן ועל ריוח שהרויח במקח דנמצא דאיכא הנאה גבי דמוכר במאי דתפיס והש"ך שכתב וז"ל דמודה הריב"ל להסמ"ע במשכון של גוי אבל במשכון של ישר' מעשה היתר כו' כעין עיסק' או כיוצא בזה כת' מהריב"ל דיש להסתפק כו' דאינו נוכרת שירויח בעסקא ולכשיברר שלא היה ריוח לא יצטרך לשלם לו רווחים כו' ואע"ג דאפשר שירויח מ"מ אין הריוח בא לו מחמת שמיר' המשכון כו' והמשכון מונח אצלו בלא"ה לבטחון על הקרן כו' יעו"ש הנה הר' ז"ל פי' טעמו של ספיקו של מהריב"ל מתרי טעמי האחד דתי יימר דמרוח ואת"ל דמרוח בעל המעות אינו נוטל המשכון מעיק' אלא לבטחון על הקרן דתי יימר דמרוח כדי שיטלנו גם על הרוח וכפי זה בנ"ד הגם דאינו נוטל שכר בעד ובשביל שמירת המשכון ממש מ"מ מה שהרויח על המקח הוא ודאי וכונתו לתפוס המשכון שבידו הן על עיקר הקרן והן על הריוח דהא כבר ברירה ליה ריוח מקחו והא ודאי קא מכוין להופסו על הקרן ועל הריוח ועי' בתשו' הר' פ"מ ח"א סי' י"ב מה שהביא משם מהר"ש ן' ויליסיד בדל"ו ומ"ש הפ"מ שם ומה שרמז ה' מע"ש הג"הט אות י"ב

הצעיר **אליעזר די טולידו** ס"ט

סימן קכב

שאלה ראובן הסרסור של גוי אחד הוציא כתב יד א' על ש' דנתחייב שמעון ושותפו לגוי ס"מ ברבית ותבע הסרסור הקרן והרבית מש' הכל כאשר לכל יען דלשותפו של ש' אין כל מאומה בידו וטען ש' שהוא רוצה להתדיין עם הגוי לפני ערכאות הישמעאלי' מתרי טעמי הן מחמ' שמזיק של רבית והן דבדיני הגוים אין השותף חייב בעד ובשביל חבירו וא"כ אינו חייב אלא חלקו לבד וכשיעור הקרן דוקא והגוי רוצה להתדיין לפני דייני ישר' הן מחמת הרשי"ס שנוטלים הערכאו' והן בדייני ישראל מאחר דבכ"י הם התומים השני שותפי' וכתוב בו שכל אחד ואחד יצא בעד חבירו ערב וקבלן כו' יורנו כו' להיכן הדין נוטה

תשובה הנה ראשית כל צריך לברר אותה ברייתא שנאמרה בפ' הגוזל בתרא ישראל וגוי שבאו לפניך לדין אם אתה יכול לזכהו בדיני ישראל זכהו ואמור לו כך דיננו בדיני אוה"ע זכהו ואמור לו כך דינכם ע"כ ופסקה הרמב"ם פרק יו"ד דמלכים ופשטא דברייתא משמע דחשבינן ליה לגוי כישראל עם ישראל הבאים לדון והכי מתברר מלשון הר"ב העיטור באות מחאה דפ"ה ע"א וז"ל ותניא ישר' וגוי כו' ש"מ ישראל שיש לו חלון בחצר גוי ובא ישר' אחר וקנה החצר מן הגוי אע"ג דבדיני הגוים היה יכול לסתמו כיון דאינו יכול הגוי למחות בעיקן פתיחה כו' כיון דבא לדון עם ישראל מזכין אותו בדיני ישר' ואין לגוי לסתמו כיון דקי"ל גזל הגוי מותר נמצא דההוא חלון בהיתר' אתא לידי' ע"כ ואם איתא דפירושא דברייתא ואמור לו כך דיננו ר"ל דין ן' נח האמורים בתורת מרע"ה וכך דינכם ר"ל כפי הפלכות והדינים שיש להם לגוים שסידרו להם כומריהם א"כ בהאי דינא דחלון נמי בדין ן' נח הגזל הוא אסור בניהם אלא מש' דאמרי' דבעיקן פתיחה מחל דהה"ג ישראל עם ישראל אינו יכול לסתמו

אמנם

אמנם הרואה יראה דיש לדחו' דלעולם אימא לך דכך דיננו ר"ל דין ן' נח ולא כבן נח הבאים לדון זה עם זה אלא כבן נח עם ישר' וא"כ בדין רבית דבן נח מותר להלוות ברבית בין לבן נח חברו ובין לישראל דלא נאסר בתורת רבית אלא לישר' דוקא וא"כ בנ"ד דבין דיני או"ה מותר הרבית חוץ מערכאות ישמעאל ונמצא דבין לגוי התובע ובין לישראל הנתבע הרבית מותר א"כ שפיר מחייבי' לישראל שבאו לדון לפנינו יען דבין בדיננו דר"ל דין ן' נח לגבי פירושא ובין דיני או"ה מותר וכן ראיתי להריטב"א הביא דבריו הר"ב נא"ו למציעא פ' א"נ דע"א ע"ב וז"ל א"ר ששת כו' וקס"ד דבא לומר שקבל עליו לדון כדין ישר' עם ישר' ופרקי' כו' אבל לענין הרבית לא קבל עליו אלא שיהיה דינו לגוי בישראל ובין לדינינו ובין לדינן גובה הרבית מישר' כן פי' רבי' דליכא למי' דאם קבל עליו שתם לדון בדיני ישר' לענין הרבית דדיינינן ליה דלא לשקול דזה אינו דהא מהיכא תיתי אין אנו אלא מ"ש בפ' הגוזל אם אתה יכול לזכותו וכו' עכ"ל הרי לך בהדיא דפשיט להו להרא"ה רבו של הריטב"א והריטב"א ז"ל דדיננו האמור בברייתא פירושא הוי דין ן' נח עם ישראל אשר מהאי טעמא מחייבינן לישר' הלוו ברבית ומינה נפשט שאלתינו להכרעה דלאו כל כמניה דשמעו' לפטור עצמו מהרבי'

אבל אי הוה אמרי' באידך פירושא דלשון דיננו האמור בברייי' הוי כב' ישראלים הבאים לדון זוכה שמעון ברבית ולא שקיל מניה כלום (ע"כ נמצא כתוב בהך פסקא דדינא

סימן קכג

כתב המרדכי פ' הגוזל קמא סימן קכ"ה משם ר' האיי ז"ל דהמפקיד מעות אצל חברו כו' אם עבר ושלח בהן יד והרויח בהן נותן לו מחצי' השכר ותמה עליו רשב"ם כיון דשלח בהן יד דין גזלן יש לו ותנן כל הגזלנים כו' ואמאי חייב במחצית הריוח והמרדכי תיר' דברי ר' האיי ז"ל דע"כ לא חייש ר' האיי ז"ל אלא מכאן ואילך שהלא תבעו להרויח במעותיו אבל לשעבר אינו חייב יעו"ש ולכאו' יש לעמוד בהאי תירוצא דאי ניחא קמיה דדיינינן ליה דין גזלן במה שהרויח מאז ומקדם היכי משתנה דינו להבא דלית ליה דין גזלן וכי תימא דינ' הכי גבי גזלן אי גזל מחבריה ממון והנגזל תובעו שרוצה להרויח וקדם הוא והרויח נוטל הנגזל הלי הריוח הא לא משמע הכי דפ' הגוזל קמא דל"ו ע"א דאמרו שם התוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה משמי' בגמ' דהגם דהספי' עבידא לאגרא אי נחית עלה אדעתא דגזלנותא פטור מדמי השכירות יעו"ש הנה מתבר' דאף דזה הנגזל היה עושה סחורתו בספינתו ומרויח בה אם בא אחר וגזלה ממנו ועשה בה מלאכתו והרויח פטור הגזלן ואינו מחזיר לנגזל אלא הספינה כמו שהיא

וכי תימא הרי אמרו פ' המפקיד דל"ה ע"ב בשוכר פרה מא' והשאילה לאחר דהריוח הוא לבעל הפרה לדעת ר' יוסי דכל ריוח והנאה הבאה לאדם ע"י ממון של חברו מחזירו לבעל הממון דאין אדם עושה סחורה בפרתו של חברו ולאו דוקא בפחת הבהמה גופה אלא אף אם שכרה השוכר בזול והשכירה לאחר ביוקר לטעמ' דר' יוסי מחייב לשלומי ליה יקר השכירות לבעל הפרה וכמ"ש ה' הנמק"י פ' כילד הרגל גבי הדר בחצר חברו שלא מדעתו כו' שכתב וז"ל עוד אני אומר היכא דהשכיר שכרה בזול מן הבעלים והוא השכירה לאחרים ביוקר כו' אם לא היה רשאי לשוכרה לאחרים כו' שורת הדין הוא דמותר השכירות שהרויח הוא לבע"ה כו' דקי"ל כר' יוסי וה"ה הכא ומיהו אם רשאי להשכירה כו' נרא' דהריוח לעצמו כו' ול"ד לדר' יוסי שאין השוכר רשאי להשכיר ע"כ ולכאורה יש לדקדק על דברי ה' הנמק"י במה שסיים דאם יש לו רשות להשכיר שמותר הוא לשוכר ודר' יוסי שאני דאין השוכר רשאי להשכיר יעו"ש דהרי מתברר שם פ' המפקיד לכאורה דר' יוסי אמרה אפי' בדאית ליה רשות להשכי' דפריך ממתני' לר' יוחנן ומוקי לה בנתנו לו הבעלי' רשות כו' דאמרו לו לדעתיך למדנו דר' יוסי אמרה אף בדאית ליה רשות לשוכר להשאיל וכבר ראיתי להמח"א ה' שכירו' סי' י"ט שעמד ע"ז ולדע' יש ליישבם וכמו שאכתוב לקמן ואיך שיהיה כפי זה שכתבנו קשיין אהדדי אמנם כמ"ש הרב בא"ן שם פ' הגוזל משם הרמ"ה ז"ל וה"מ דעשה בה מלאכה אבל היכא דאוגריה לאחריני ושקיל אגרא אע"ג דנחית בגזלנותא וכו' כיון דקיימא לאגרא כו' ההוא דנחית לה בתורת אגרא חייב לשלומי לבעלים דאכתי לא קנייה גזלן קנין גמור כו' דהא אמר ר' חסדא גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה כו' וכי היכי דלגבי קרנא ברשות בעלים קאי כו' לגבי אגרא נמי כמאן דשקלי ברשות הבעלים דמי כו' והא דקי"ל כל הגזלנים וכו' ה"מ בשבח שע"ג גזלה דלא זכה ביה נגזל גבי אחריני אבל היכא דזכה ביה הנגזל השבח ברשו' אחרים כמאן דשקליה השתא מרשות הבעלים דמי וגזלה אחריתי באנפ' נפשה היא יע"ש וסברא הלזו של הרמ"ה ז"ל פסקה הטור סי' שס"ג נמצא דכל ריוח הגזלן בדבר שאינו שלו אם הריוח שבא לידו הוא מכח עמלו ויגיעו בגופו של דבר דטרח בה ועשה מלאכה הוי של גזלן אמנם היכא דהריוח הבא לידו הוא ע"י דאוגריה לאחריני כיון דגוף הדבר אינה קנוייה לגזלן קנין גמור אמרינן כל היכא דאיתיה ברשות מארי איתיה והריוח הוא לבעלים ומש"כ מר"ן ב"י שם סי' שס"ג וז"ל ובעיני יפלא פסק דינו של הרמ"ה דכיון דקי"ל כל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה הוה ליה עשה בה מלאכה בעצמו ומ"ל אוגריה לאחריני יע"ש , הרואה יראה דאנן בדידן שראינו דברי הרמ"ה במקומן אין כאן פלא דכבר נרגש מהשיא דכל הגזלנים וכו' ויישבם בטוב טעם

וראיתי לה' בעל שה"ג פ' איזהו נשך גבי ממרא דרב שתוקף עבדו של חברו ועשה כו' והביא דבריו הרב כנה"ג שם דכתב דלדברי הרמ"ה הם בענין שעדין לא הגיע השבח ליד הגזלן כו' אבל אי אתא לידיה נר' ודאי דהוי דגזלן יעו"ש וזה אינו דכבר מבואר שם בדברי הרמ"ה ז"ל דאף בדשקלי הגזלן דמי השכירו' עכ"ז מחזירו לנגזל ויעו"ש

להרב

בה' ב"ח והפרישה שם מש"כ וא"כ למאי דאמן עלה בהאי הילוקא של הרמ"ה הא"ש דסוגיא דקמא הביא דכחוקף ספינתו של חברו הוי בנא ע"י עמלו ויגיעו וכו' כאשר כתבנו והביא דר' יוסי הוא בשבח הבא ע"י אחרים וכן ראיתי להר' דרכי משה והר' ב"ח שכתבו ע"ד הרמ"ה ז"ל הביא דר' יוסי והשיבו על מרן ז"ל

אמנם אחר ההתבוננות לא דמיא הביא דר' יוסי דהא ליכא גזלה דכיון דקי"ל כרבא דטעמא דמתני' להו משו' דאין רצוני וכו' אלא בטעם הוא אח מהמנה לי בשבוע' וכבר כתבו הראשונים ז"ל דהא דקי"ל דאין השואל רשאי להשאיל ה"מ לכתחלה אבל בדיעבד לא מקרי פשיעה ולא קי"ל כר' מאיר דאמר כל המעביר ע"ד בע"ה נקרא גזלן יע"ש בהרי"ף והרא"ש והר"ן והריטב"א הביא דבריו הר"ב בא"ז במתני' יע"ש וכיון דליכא גזלה לא אמרם מרן ב"י דודאי הריוח הוא לבע' הפרה ולא פליג מרן אלא בגוון דכל השבח הוא לעצמו והמחא דברי ה' המנמק"י ז"ל נכונים בטעמם דהא לאוקמתא מתני' כפשטא וכמ"ש שם הריטב"א דלא בעינן לאוקומי מתני' בחומר לדעהיך אלא בשלא ברשות איתיה ואין כאן מעביר ע"ד בעלים ומ"ש ול"ד לדר' יוסי דאין השוכר רשאי כו' היינו דלכתחלה אינו מותר לו להשכיר לאחריתי ויעויין לה' מה"א ה' רבית סי' מ"ח ובמ"א מצאתי כתוב מכת"י וז"ל בהביא דמנעל כיסו של חברו שהלה רוצה להרויח ועכבו והרויח לעצמו שפסק המרדכי ופסקו מור"ש בס' רצ"ב סע"ו שחייב ליתן לבעל המעות מה שהרויח עי' ברש"ל שם סי"ל' הביא דבריו הש"ך דפטור מטעם דאינו גרמא ועי' מהרי"ל ק"נ סי' קי"ב דכתב דסבר' מקלת המורים ז"ל והרשב"א בביא בי"ה פ"ו ממכירה חולקים ע"ז גם מהרא"ש ח"א סי' פ"ב דימה דין זה של המרדכי להביא דהמורים ז"ל יע"ש וכבר נודע מש"כ גדולי האחרונים ז"ל הביא דבריהם ה' כנה"ג סי' קפ"ג הגב"י אות י"ז ונת' ח"א ה"מ סי' קל"א למאי המוחזק לו' קי"ל כסברת המורים אף דליכא עדים ועיי' לה' בני אברהם ה"מ סי' ד דכתב דדין המרדכי אינו מוסכם מהביא דמקלת המורים ז"ל יע"ש וע' לה' כנה"ג י"ד סי' קפ"ב דקל"ו ע"ד והוא דלכאורה יש לעמוד ועי' לה' מ"ל ה"ב פי' ב"ן וה"ג סי' ס"ח מה"א ה' רבית סי' מ"א מהרי"ש חסון סי' ח' ועי' בס' הנ"מ לב מנין בדק"ע ע"ש לעמד ע"ד ה' מה"א הנז"ל

בלע"ד **אליעזר די**

סולירו ס"ט

סימן קכג

הא דאמרי' אין שליח לדבר עבירה ואינו עובר המשלח נראה מתשו' רש"י ז"ל להביא המרדכי והביאה מרן י"ד סי' ק"ם וז"ל והעיר רש"י שיאמר ישר' לישר' חברו לוה לי מעו' מפ' ישר' ברבית והרבית יביא לו היש' דלא אפרש תורה אלא וכו' ולא מחסר משום לשלוחו של אדם כמותו דהא קי"ל דאין שליח לדבר עבירה להתחייב שולחו יע"ש מוכח דפשיטא ליה לרש"י דפטור ומותר כיון דאין כאן שליחות

ואי הוה אפשר לצדד ולומר דהא מילתא תליא בין ב' תירוצי שכתבו התוס' פ"ק דמציאה דיו"ד ד"ה דאמר וז"ל וי"ל דהכי בעל אח"ך לוק' אף על הקדושין אי נמי י"ל וכו' דאי יש שליחות אלין הקדו' ואי אין שליחות אין אלין הקדושין יע"ש נמצא דלתירוצא קמא בין לליפנא דרבינא ובין לליפנא דר"ס הקדושין חלין אלא דלענין אי מחייב שולחו איכא בנייהו דלהירושא במרא בהא קמפלגי דלר"ס אין כאן הלות הקדושין כיון דאין שליח לד"ע אין כאן שליחות ולרבינא לא פליג על זה כל היכא דאיכא עבירה ליכא שליחות אלא בכהן שאמר לישר' פליגי וע' בדברי הראשונים ז"ל שם דהביא הר"ב בא"ז והשתא אי אמרי' דאיכא חלות שליחות ומעשה השליח קיים ועומד וכתירוצא קמא מינה לכאורה דאמרי' דפטור ואסור דהא העבירה קיימה ועומדת אמנם אי אמרי' דמעשה השליח לא אהני ואין כאן עבירה א"כ מאחר דכן הוא דלית בה לעבר אתימרא דרחמנא איכא למי' דפטור ומותר ואיברא דהמעיין יראה דלית מהכא ראיה מכרעה

אמנם מסוגיא דר"פ המדיר ד"ע דפריך ופרנס להו שלוחיה קעביד כו' דמאי פריך בפשיטות דליתסר מתורת שליחות והא קי"ל דאין שליח לד"ע ואי אמרי' דלא אתמר האי כללא לענין דלא ליחייב ברם איסורא מיהא איכא הוה אתי שפיר דהיכי קאמר יעמיד פרנס דהיינו לכתחילה ואיבר' דרש"י פירשה שם לענין דעובר המדיר על נדרו מכח השליחות יע"ש ולפירושו ז"ל תיקשי לן דהיכי עובר על לאו דבל יחל מאחר דאין שליח לד"ע והנם דבתחילת ההשקפ' עולה על דעת המעיין למימר דלא אתמר האי כללא אלא מטעמא דאיכא למשיב דברי הרב כו' אמנם היכא דליכא להשיב האי טעמא בדברי הרב שפיר מחייבינן ליה למשלח וכדע' רבינא דפ"ק דמציעא דיו"ד אסר מטעם זה מחייב רבינא לכהן המקדש גרושה ע"י שליח ישראל דליתיה השליח במילתא כדנא באיסורה וכמו כן נמי במילתא דנדר ונדירות אלא דלהא איכא לאתמוהי לכת הפוסקים כרב סמא דאי בעי עביד ופטור המשלח דהא מסוגי' הלזו דפריך בפשיטות והוצרך לאוקומי ולדחוק מתני' דלא"ל יעמיד אלא באומר כל הנ וכו' ופסקו הפוסקים ז"ל כן מסתמ' דהכי מוסכם ועוד דאיכא למימר דאף לרבינא לא אתי אי דייקינן סוף דברי התוס' שם במציאה שכתבו לטעם דלא מקרי בר חיוב' היתרא' הוא מאחר דליתיה באפשרות דיבא לידו איסור זה משו"ה מחייב שולחו יע"ש דמשמ' מינה דגם בהביא דהמדיר נמי איתיה השליח בהאי לאו דבל יחל היכא דהדירה הוא

ועלה ע"ד לומר דלא איתמר האי כללא אלא דוקא באיסור דהתורה אסרתו ברם היכא דהדבר מצד עצמו מותר ואיהו ניהו שאוסרו ובלאו מלבו כהביא דהמדיר כהכ"נ איתיה בתורת שליחות תעין מש"כ הראשונים ז"ל בהביא דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד

ואחר המיפוש ראה ראיתי לה' מש"ל בה' מו"ל דנ"ו ע"א דעלה על דעתו לחלק דע"כ לא קאמר רבינא אלא גבי כהן שאמר ליש' לא וכו' דיש' אינו מוזהר בשום לד וזופן אבל גבי רבית כיון שהוא בזה האיסור אף שעכשיו הוא לא לוה כיון שאלו לוה היה מוזהר מיקרי בר חיובא ואין שליח לד"ע יע"ש והרי זה כפי מה שחילקנו אמנם הה"ך חילק באנפא אחרינא והכריח הדבר מסוגיא הלז דפ' המדיר יע"ש

גם כ' מה"א ה' שלוחין ס' ט' עמד בסוגיא הלז דפ' המדיר וכתב דהיה נראה לדחו' דלא שייך התם לומר אין שליח לד"ע דאין הבעל עובר שום איסור ואפי' כי נתנם בידו וכמ"ש הר"ן ז"ל בנדרים פ"ד

הצעיר **אליעזר די טולידו** ס"ט

סי' קפ"ה

על ענין היכא דאקדים ש' בקניית הלוקח וקדם הלוק' ומכרו לאחר ובאים לדון המוכר הא' עם הלוקח ב' הנה הר"ב בא"ו לכתובו' פ"ב דף י"ט ע"ד מהס' כתב משם הרא"ה וז"ל ומסתבר' דאם באו בעלים הראשונים שמכרום לבר בעיא מוציאין אותן מידו כיון דלית הוק' מנכסיה ואמרי' כסבות שוטה זנן ט' וכ"ד רבינו ז"ל ע"כ וכן כתב הר"ן שם בפשיטות בפי' ההלכות יע"ש אמנם מדברי הרמב"ם פ"ד מזכיה דינג' שכתב וז"ל זכה לו ע"י אחר וכששמע המקבל שתק ואח"ך צווח ה"ז ש' כו' ואם קדם אחר וזכה בה אין מוציאין מידו כו' ואם חזרו הבעלים הראשונים ותפסוה מיד זה דקדם אין מוציאין אותה מידו שמא המקבל לא זכה כו' וברשות בעלים הראשוני' היא קיימת ע"כ ואם כדברי הרמב"ן והרא"ה והר"ן ז"ל לא בעינן שיתפסוה הבעלים הראשונים מיד זה דקאי השתא אלא אנן בדידן מפקינן ליה מידו ולדברי הרמב"ם ז"ל בעינן שיחזרו הבעלים ויתפסו ושיים אין מוציאין אותה מידו מוכח דאיכא ב"ד להוציא' מיד זה הזוכה ובדברי הרמב"ם הללו יש לפקפק דלמה נקט הלוקח הלזו דאם חזרו הבעלים וכו' בהיכא דקדם אחר ולא נקט היכא דלא קדם אחר לזכו' דאם תפסוה הבעלי' כו' ואיכא למימר דזה פשיטא היכא דלא קדם אחר דאם עדיין היא ביד הזוכה בעד המקב' ותפסוה הבעלים ממ"נ זוכין הבעלים ולא מתורת ס' דאם המקבל הפקירם זוכה הנותן מתורת ספק ואם לא הפקירם אלא דלא רצה המקבל מעיקרא לזכות הרי היא שלו של נותן דברשותו קאי ולא נתרוקן זכותו ואם היא ברשו' המק' וקדם המק' וזכה אחר דצווח הרי היא של מקבל דאם האמת הוא דהפקירם הרי חזר אח"ך וזכה מן ההפקר ואם האמת הוא דלא נתכוון לזכות מעיקרא הרי זוכה בה עכשיו מאחר דלא חזרו הבעלים אחר דצווח אמרי' מסתמא ניחא ליה לנותן דיזכה המקבל עכשיו מאחר דזה היה דעתו ורצונו מעיקרא להנות לו למקבל ואיכא דעת אחרת מקנה ואה"נ דאם בשע' דצווח המקבל תכף ומיד חזרו בהם הבעלים ואמרו דכיון שלא רצה המקבל גם הם חזרו בהם ואח"ך קדם המקבל וזכה הרי היא בידו מספיק' דאם הכוונה היא כשצווח להפקירם אחר דזכה הרי חזר בו וזכה מן ההפקר ואם האמת הוא דלא נתכון לזכות מעיקר' וכשחזרו הבעלים תכף ברשותם של בעלים הראשוני' היא קיימת ממילא א"כ זכיית המק' עתה מגן שויא ואם חזרו הבעלים ותפסוה הרי זכו מתורת ס'

אלא דיש לדון בחלוק' הלזו דאם באו לדון הבעלי' הראשונים עם המקבל הגם דעדין היא ביד המקבל דלא תפסוה הבעלים הראשונים מפקינן ליה מיד המקבל דכל ספיקא דאיתיה מוקמי' ליה בחזק' מ"ק וכמ"ש הראשונים ז"ל בסוגייא דפ"ק דמציאה די"ב גבי בעיא דזרק ארנקי כו' אויר דאין סופו לנוח דאם חזרו הבע' היכא דהוריק' היה היה מתנה מוקמינן ליה בחזקה מ"ק דהוא הנותן הגם דהמקבל הוא מוחזק מוציאין אותו מידו ויהבינן לה למ"ק וכמו שהרגיש רב יוסף ז"ל דברי הטור ח"מ סי' רמ"ג נס' בד"ה והן הן דברי הרמב"ן הביא דבריו הר"ב בא"ו פ"ק דמציאה דמ"ג ע"ד תוספ' וז"ל וכיון דבעיין לא אפשיטא וכו' דיינינן דבהפקר כל הקודם וזכה בו אין מוציאין מידו אבל במתנה מוציאין ממקבל לנותן אבל לא מנותן למקבל ע"כ ועיין בדברי הראשונים ז"ל הביאם הר"ב בא"ו לכתובות סס פ"ב די"ט מהס' ע"ג ודוק ועי' פ"ג דמכירה ה' יו"ל גבי הקנה לאחד קרקע ומטלטלי' לאחר

והנה זה שכתבנו דהיכא דהאמת לא נתכון מעיקר' לזכות וחזר בו אח"ך ותפסינהו המקבל מיד הזוכה בעדו דאם הוא אחר קודם דצווח דזכה המקבל עכשיו יען דמסתמ' ניחא להו לבעלים הראשונים ואיכא דעת אחרת לכאורה אין נראה כן מתשו' הרשב"א ח"א סי' תר"ב וז"ל דכיון דבשעה דבא לידו לא זכה שוב אינה יכולה לזכות למה הדבר דומה לאותה שאמרו פ' י"ן דקנ"ח בכותב נכסיו לאחר והיו בהם עבדים ואמר כלה מעיקרא אי אפשי בהם דהיינו אינו רוצה מעיקר' לזכות אעפ"י דלאחר מכ"ן אמ' רוצה אני אם היה רבו ראשון כהן או"ב הכא נמי מיד הוו לכו כסף הקדו' פקדון בידה ע"כ הרי למדנו הרשב"א ז"ל דכל היכא דאיכ' גילוי דע' דמקב' דלא בעי לזכות כבר פסקא דעת מקנה הגם דנתרצה אח"ך המקבל מחנה לזכות לא מהני ולדידי לפום ריהטא נראה דרב המרחק דאה"נ דהיכא דעשה מעשה דזכיה כגון דהיתה המתנה ביד הזוכה בעד המקבל ובתר דאמר אי אפשי בה קם וזרו עצמו ותפסינהו מיד הזוכה והנותן לא הדר בו בההיא שעה אמרי' מסתמ' דאיכא דעת מקנה עכשיו וזיכה בולא מרצות לרשות ואם אח"ך צווח הנותן באומרו דמאחר דגילה דעתו דלא בעי סבור היה דלא מהניא שוב לחזור ולזכו' ומשו"ה שתק לאו כל כמיניה דאמדי' דעתיה דנותן דמאחר דמבדר הזכות' דחבריה שיהנה מנכסיו המקבל דאי לאו דעבד ליה לנותן נייחא לא הוה יהיב ליה

מבו"ה

מש"ה לא זזה הנותן מאותה טעה שאמר אי אפשי
בן ואולי יחזור בו המקבל וימלא בדעתו לחזור ולכו'
כאשר מנהג דעות כמה בני אדם כי רגע באפו ומדי
דברי בו מעלה בזכרו לחזור בו לא כן בני חשו'
הרשב"א דליכא אלא אמירה בעלמא ואומר דרוצה אני
וליכא שום הוכחה מרשות לרשות ולזה מייתי ראיה
מסוגיא דפ' י"ין בכותב נכסיו לאח' והיו בהם עבדים
כו' דהגם דאח"ך אמר אני רוצה לא נפקו העבדים
מרשו' דנותן ואוכלי' תרו' אם היה הנותן כהן דבאמירה
בעלמא לא מהניא להוציאם מרשו' הבעלי' ונר' דזהו
כוונת דברי הר"ב דרישה ס"ס רמ"ה שכתב וז"ל אם
זה המקבל שתק תחילה ולבסוף צוח אם חזר בו אחר
כך המקבל ותפס בו לאו כל כמיניה דנותן שוב לחזור
בו ולמימר דמיד שאמרתי אי אפשי חזרה לרשותי
דזה אינו דכיון דהוא סלק נפשו אדעתא כו' ובשעה
שאמר אי אפשי לא חזר בו הנותן בפי' כו' יע"ש הרי
דפשיטא ליה להרב ז"ל כאשר כתבנו ודקדק בלשונו
הטהור וחזר המקבל ותפס בו כו' ולא נרגש הרב מת'
הרשב"א ז"ל אלא מטע' לכאורה דנדון הרשב"א שאני

ואחר החיפוש ראיתי למהרי"ט אלגאזי בס'
שמחת יו"ט סי' ל"ו דקמ"ג ע"א דעמד
ע"ד הרב דרישה ז"ל וכתב עליו דאישתמיטיה ליה
תשו' הרשב"א שכתב שם בפי' היפך דבריו כו' יע"ש
ועי' להרב בני משה מהג"אר דל"ו ע"ד דגם הוא סמך
ע"ד הר"ב הדרישה הנז'

סימן קכה

שאלה אפוטרו' ע"י מנוי ב"ד שמכר קרקע
של יתו' שנתנו אחרים להם והמכירה
היתה בלתי רשות ב"ד וכששמעו ב"ד נחרצו ב"ד בדבר
המכירה מטעם דאיכא תועלת ליתומים אלא דמכי'
אפוטרו' לא נתכון בשביל התועלת אלא לסיבה אחרת
נסתפקנו לכאורה אי בעינן קנין אחריתי ושטרא
אחרינא מטעם דמכירת אפוט' היתה בלתי רשות
ב"ד או נאמר מאחר דמעשה המכירה נאותה להם
לב"ד לא בעינן קנין אחריתי

תשו' הנה נר' לע"ד דמכירת אפוטרו' דנא דנ"ד
קיימת מתרי טעמי באחת מהא דכתב
מהרב"ך ח"א סי' קמ"ח דע"כ לא אמרי' דאין לאל
ידו של אפוטו' למכור קרקע בלתי רשות ב"ד אלא
דוקא בקרקע הבא להם בירושה ברם קרקע שבא להם
במתנ' או בגוונא אחריתי יש יכולת ביד אפוט' למכו'
שלא ברשות ב"ד יע"ש ראיתו של הר' והביא דבריו
הכנה"ג בשתם סי' בלתי שום חולק הטעם השני נר'
דמכירת אפוט' קיימת הגם דבעידן המכירה לא
קדמה להו לב"ד ידיעת כל שאחר המכירה נתגלה
לב"ד המכירה והסכימו במכירה שוב אין צריך קניני'
אחרי' אלא המכירה תלויה ועומדת עד שעת הסכמ'
של ב"ד ומנא אמינא לה מאותה תשו' הרשב"א ח"א
סי' אלף ט"ו ורמזה מרן סי' ר"ץ מתו' ו"ו דנשאל
הרשב"א באפוט' שמכר קרקע של יתומים כדי לפרו'
החובות כי נתפשר עם בעלי
החובות בפחו' וכשגדלו היתומים רוצים לבטל המכיר'
כו' והשיב וז"ל ואם ירצה ב"ד שאלו לא נמכר אפוט'
ופרע היה בכך הפסד ליתומים הדין עם הפו' יע"ש
הרי בהדיא דאף דהמכי' היתה בלתי רשות ב"ד מ"מ
מה בכך כל שעכשיו יראה לב"ד דהמכירה היה היה
תועלת ליתומי' שפיר מהני ומלתא דמסתברא הוי כיון
דלפום דינא הוא דהא דבעינן רשות ב"ד אינו אלא
במילתא דאיכא ספיקא אי הוי תועלת ליתומים או
לא אבל היכא דברור התועלת בהא לא בעינן רשות
ב"ד וכמ"ש מהרי"ו בי רב סי' א' והביא דבריו הכנה"ג
סי' ר"ץ הג"הט אות ע"ב א"כ אמור מעתה כל דאיכ'
רווחא ותועלת לא בעינן רשות ב"ד והכל תלוי בזה
והמכירה הראשונה שמכר אפוט' כראי' מונק היא א"כ
מעתה גם בנ"ד הגם דכוונת אפוטרופוס היתה לסיבה
אחריתי מ"מ שו"ם הקרקע ניתן לימכר יען דאיכא
תועלת ליתומים והכי מתברר לכאורה מתשו' המבי"ט
ח"ב סי' קל"ג רמזו הכנה"ג סי' ר"ץ הג"הט אות ס"ב
דנשאל על יתום שהיה סמוך לאמו ומכרה אמו קצת
קרקעות שהניח אביו ואח"כ גדל הבן וחזר וכתב שטר
מכירה גם הוא כו' והשיב דאין בטענת המערער
ממש מאחר דהיה סמוך לאמו דיכולה למכור וכ"ש
כשחזר הבן ומכר אחר שגדל וקיים מכירת אמו כו'
יע"ש הרי דפשיטא ליה דהגם דהוא אפשר דלא יכו'
אמו למכור מ"מ הא חזר הבן וקיים מכירת אמו
שמכרה בראשונה ומקויימת למפרע ואין כאן טענה
על אכילת פירות שאכל הלוקח מעיקרא קודם מכירת
הבן הנלע"ד כתבתי

הצעיר **אליעזר די טולידו** ס"ט

סימן קכו

על הא דקי"ל דאין נשבעי' ע"ט שמא מדברי ב'
תשו' מהר"ם האחרונות סי' ל"ה וסי' תקע"ה
הביאם המרדכי פ' הזהב סי' רל"א מתברר שהוא
מחלק היכא דהיה לו לידע למיקם עלה דמילתא בעדו
שהיה דבר ברשותו מצי הטוען להשביעו אפי' שהיא
טענת שמא ונסתלקה קושיית מהר"ם ריקאנאטי סי'
תקמ"ג ועיין להר' כנה"ג ח"מ סי' רל"ב הג"הט אות
כ"א דהא מהר"ם עצמו תריץ יתיב והרדב"ז בלשונות
סימן קל"ו פסקא לענין דינא דמילתא דהו"ל למיק'
עלה נשבעים אף על ט"ש אלא שצריך לדקדק
ע"ד מהר"ם דהא כתב המרדכי פ' האומנים סי' שנ"ט
משם מהר"ם דלא מצי הסרסור להשביעו לבע"ה איך
היה האבן תקועה יפה נשבעת כיון דהסרסור אינו
יודע אם היתה תקועה יפה הו"ל טענתו טע"ש כו'
יע"ש ולפי מה שהסבירו לנו מהר"ם דמילתא דהו"ל
לידע ולמיקם עלה נשבע מצי משביעו הטוען טע"ש
א"כ שפיר היה חייב הבע"ה איך היה האבן תקועה
יפה גם מדברי הראשונים נראה לכאורה דחולקים
על כלל זה שהסבירו לנו מהר"ם שהרי הקשו מהרי"
ן' מיגאש לשבועות פ' כל הנשבעים דכ"ט ע"ב והרמב"ן
והרשב"א והריטב"א והר"ן בפ"ב דקידושין גבי הן הן
שלוחיו

שלוחיו דאמאי נשבעין כעדים דהלוה לא ידע אי פרעינהו או לא וטענתו טע"ש ואיר׳לו דטע׳דמשבעי׳ הלוה משום דמלפין טענותיהן והה"נ דאם את המלוה אין נשבעין העדים יע"ש הרי מתברר מדבריהם ז"ל דבעינן טענת המשביע שיהיה טענת ברי׳ אף דשכנגדו הו"ל למיקם עלה עכ"ז לא מצי להשביענהו כיון דט"ש היא וכן מפורש נמי מתשו׳ הרשב"א ח"ב סי׳ ק"ם דכתב דאם טוען אשתבע לי לא מצי להשבי׳ כיון דטוען טע"ש אף דהמלוה הו"ל למיקם עלה יע"ש גם מאירוכא של הר׳ לא נודע שמומשמע דעיקר חילוקו הוא משום דמפסיד תרי זמני ועיין להרב קמ"ר פט"ו ממכירה דין ג׳

עוד למדנו מדברי הראשו׳ הללו הפךכלל אחריתי שהשכי׳הרלב"ן ה"ד סי׳אל"ב והם דברי מהר"ם הביאםהמרדכי ר"פ המפקיד דהא דאמרו אין נשבעי׳ עט"ש היינו דוקא היכא דטענת המשביע היא שמא על עיקר ביאת הממון אבל היכא דביאת הממון היא ברורה שבא לידו אלא דנפל ס׳ כו׳ בכי האי גוונא משבעי׳ ע"כ דהא מתברר מכאן דאף דאין טענת הלוה על עיקר הממון אם בא לידו אלא הס׳ הוא אם ישנן תחת רשותה עכ"ז קראו לה טע"ש וכי תימא דכונת של הראשונים דחשבי הא נמי טע"ש משום חזקת כו׳ ולעולם נע׳מא מודו למהר"ם דהא ליתא דמלבד דמריהוט לשונם יראה המעיין דאינו מטעםחזקת שליח חשבי להו טע"ש הרי הרשב"א נקט בלשני ומש׳ היאך הוא משביעןועוד חזקת שליח כו׳ יע"ש

ואיך שיהיה למדנו מדברי הראשוני׳דבין דהו"ל למיקם עלה ובין דביאת ממון היא ברורה עכ"ז הוי טע"ש ואין נשבעי׳והפך ד׳ מהר"ם והכרח מהר"ם מההי׳דשבועה שאינה ברשותו לדע׳הראשוני׳ איכא למימר כיון דהאמירה תורה בפקדון לישבע בטענת שמא כי תקון רבנן שבועה שאינה ברשותו על אופן תכסיסי שבועת התו׳שמכי׳

סי׳ קכו

ראיתי לעמוד בשיטת תשובו׳ הרשב"א דסתרן אהדדי הביאה מרן סי׳ ע"ב מאו׳ט"ו הנה ה׳ ש"ך סע"ק ק"ד כתב דדברי הרשב"א הם מוסכמים דהיכא דבא לידו בתורת משכון לא בעינן מיגו ואייתי ניליה דברי הרמב"ם וה׳ נעה"ת דאולי בשיטת הרשב"א יע"ש ושכנגדו חלוק ה׳ בני אברהם ח"מ סי׳ מ"ו דמדברי הטור שכתב דגם הם חלוקים בעיקר ההלואה כו׳אם הוא בענין דאינו יכול לטעון לקוח הוא בידי כו׳ נשבע הלוה יע"ש מוכח שחולק על הרשב"א דבלאי מיגו אינו נאמן יע"ש ולכאורה דברי הרב צריכין תלמוד דהלא דברי הטור הן הנה לקוחים מסוגייא דהמקבל דפסיק רבא הכי ומטעם מיגו אתי עלה וכמו שפירש רש"י ז"ל והאי ליתנא כתבה׳ בעה"ת שם וכמו שרמז מרן שם אף דהר׳ בעה"ת ז"ל קאי בשיטת הרשב"א וכמו שכתב הרש"ך וא"כ אדמקשי לה׳ ש"ך ז"ל תקשי ליה לה׳ בעה"ת מויקיה לשיפיה שהרי הבי׳דברי הרמב"ם דאם היה

שם עדים שחפץ זה הוא משכון בידו ולא ידעו בכמה אינו יכול ליטול אלא בשבוע׳ וכו׳ ותוה שכריח ה׳ ש"ך דהרמב"ם והר׳ בעה"ת קיימי בשיטת הרשב"א והוא מוכרח לכאורה לכל מעיין ודברי ה׳מש"ל שם דהבין דברי הרמב"ם בהיכא דיש לו מיגו דהאזרתי יע"ש וכפי דבריו אודא ליה ראית ה׳ ש"ך מדברי הרמב"ם וה׳בעל התרו׳ אחר המחילה דברי המש"ל כאן הם מוקשים מה"ש הוא עצמו פ"ב משכירו׳ודברי הרמב"ם הם מבוררין דבטענ׳ האורתי נשבע הישת ולך נא ראה לה׳ מרכבת המשנה ולה׳ קמ"ר שם ולה׳ שערי בינה שעמדו ע"ד ה׳ מש"ל וכבר רמזתי בזה במ"א וא"כ היכי פסק דהיכא דאיכא עדים וראה אינו נאמן אלא הלוה נשבע הישת וכפי דברי הרשב"א ז"ל דס"ל דהיכא דבא לידו בתורת משכון אית ליה וכיה בגויה א"כ אף בלאי מיגו נאמן ולסבר׳ הרשב"א הא דבעי מיגו רבא הוא משום דהוה כלי אוכל נפש והוה שלא בשעת הלואה דעבר על לאו וכמ"ש הרשב"א הביא דבריו הרב שם בת"ו וכיון דכן דאין לו דין משכון אין לו וכיה בגויה ואף דמסוגיא דתמורה דף ו׳ ע"א ומסוגיא דמכות דף ט"ו ע"ב מתברר דהגם דמשכנו בע"ב עכ"ז קנה משכון ומחזיר את הכר בלילה ואת המחרישה ביום ולא מפקינן מיניה מטעם דעבר על לאו דלא חבא כו׳ אלא קנה ומקיים את עשה דהשב תשיב יע"ש הרי בהדיא דלאו משום דעבר על לאו לית ליה וכיה בגויה דמשכון וא"כ היכי נימא לדעת הרשב"א דטעמו של רבא הוא משו׳דלא קנה משכוןלוה איכא לאחרולי בשני אופנים האופן הראשון הוא דע"כ לא למדנו דאףדעבר על לאו אית ליה וכיה אלא דוקא בהעבור על לאו דלא חבא דהיינו משכנו שלא ברשות אמנם במשכן כלי אוכל נפש לא אמרינן הכי וראיה מדברי הרמב"ם דפ"ג ממו"ל במשכון אלמנה וכלי שעושים בהם אוכל נפש פסק דאם אבל מוציאין ממנו בע"כ ושם בדין ה׳ פסק במשכנו שלא ברשות וכו׳ הרי זה מלוה להחזיר לו העבוט בעת שהוא צריך לו יע"ש הרי דפשיטא ליה להרמב"ם דדוקא בלאו דלא חבא איכא קנין למלוה הגם דעבר על לאו ובודאי צריכין אנו לו׳ כדכתב הריב"ש על דברי הרמב"ם בסי׳ תפ"ח והביא דבריו מרן שם בב"ת דטעמו הוא משום דכל מילתא דאמר לא תעביד אי עביד לא מהני אלא שבלאו דלא חבא אל ביתו אי עבד מהני הוא משום דגלי קרא דהשב וכו׳ יע"ש ואי ס"ל להרשב"א בהאי דהטרים לנו הריב"ש א"ש דהצריך רבא להאמוני מטעם מיגו דליכא הטעם משום דקנה משכוןהאופן השני במה שתרצו הראשוני׳ ז"ל לאביי דס"ל דאי עבד מהני היכי קאמר ז"ל אהדר וניחא להו לאביי מיירי שלא נתכוןהוא גברא לעבור ומש"ה לא קנה יע"ש וכיוןדהאי מעשה דשכינ׳ לא מיירי בנתכוין למשכנו ולזכות בגויה שום וכיה אלא לתפוס אותו לשם תפיסה כדי שנאמין אותו מטעם מיגו דלקוח א"כ בעינן להאמנת המיגו ובלאי מיגו אינו נאמן

וראיתי

וראיתי לה' מש"ל פיו"ד משכירות שכתב וז"ל ואחר המ' וכו' וזה אינו אלא במשכנו לבסוף ע"י ב"ד שאם הוזקר המלוה להחזיר כסו' של יום וכו' ושם הוא דאר"י ב"ח קונה משכון כו' אבל משכון שבא ליד המלוה מיד הלוה ברצונו כך הוא שעת הלואה או אחר ההלואה וכו' יעו"ש ודברי הר' שגנו ממני דפשיטא ליה דלא משכחת ההורת כסות יום כו' וקנה מדר' יצחק אלא ע"י ב"ד דאלימי לא דן באנפא אחרינא הרי כתבנו דמפורש יוצא מן התלמוד דאף דמשכנו שלא ברשות ב"ד עכ"ז רמיא עליה מצות השבה וטעמא דקנה משכון מדר' דהא דברי ר' יצחק על האי קרא גופיה הוא וכיון דאף בתפס שלא ברצון בעלים וכתב לו הורה בנויה כ"ש היכא דנתנו לו הלוה מרצונו דאית ליה וכיה דהא קא מכוין לאקנויי ליה דאי לא למאי יהביה ליה והיברא דראיתי להרא"ד ז"ל בהשגותיו על הר' בעל המאור הביא דבריו הר"ב בא"ו על מתניתין המהזיר את הכר וכו' שהשיג על הרו"ה ז"ל דפשיטא ליה דכמו דמצוה המלוה להחזיר כסות יום וכו' במשכנו שלא ברשות ב"ד או שלא ברשות היכא דהכשים כך רמיא עליה להחזיר כסות יום כו' במשכנו שלא בשעת הלואה אף דמדעתו נתן לו הלוה משכונו ליד המלוה ונזה השיג לו הרא"ד ז"ל דמנ"ל להרו"ה דין זה שחייב להחזיר לו הואיל ומדעתו נתן לו שהרי כשמשכנו בשע' הלואה כיון שמדעתו נתן לו אינו חייב להחזיר לו ושמא כמו כן שלא בשעת הלואה דמ"ש ע"כ והשתא האי ק"ו שכתבנו למעלה פריכה הוא ונאמר דאין כונת ה' מש"ל אלא ב"ד וכיוצא דהוי בע"כ התם רמיא עליה מצוה דהשב השיב לא כן היכא דמשכנו הלוה מדעתו שלא בשע' הלואה דעלה קאי מהריט"ץ פשיט ליה להר' מש"ל דשוו בדינייהו שעת הלואה ואחר הלואה ובדעת הרא"ד דמלינו לו שהילק כן

ואיברא דבזה הפירוש שפירשנו בדברי ה' מש"ל מנוצל מקושיית הסוגייתו' ומ"מ אין דין זה מוסכם שהרי הרו"ה פשיט ליה להיפך גם הרמב"ם פ"ג ממו"ל דין ה' כתב בהדיא הכי וז"ל אחד הממשכן בב"ד או שמשכנו בזרוע או מדעת הלוה וכו' הרי זה מצוה להחזיר וכו' בד"א במשכנו שלא בשע' הלואה אבל אם משכנו בשעת הלואה אינו חייב להחזיר לו כלל וכו' יעו"ש ולשונו של הרמב"ם ז"ל כדמותו בצלמו העתיקו מרן ז"ל בש"ע ס"י יעו"ש ונראה דאף הרא"ד לא פסקה למילתיה אלא בתורת בעיא אמרה ואיך שיהיה למש"ל דהרשב"א יפרש או כפירוש התוס' או דס"ל כהרמב"ם ז"ל דדוקא במשכנו שלא ברשות כו' וכדכתב הרי"ם ז"ל ליתא דליכא למימר הכי לדעת הרשב"א דבפירוש מלאתי להרשב"א ז"ל הביא דבריו הר"ב בא"ו למציאה שם דרי"ו ע"ב דהקשה הרשב"א דהיכי תנן מחזיר את המהריסה בלילה והלא מהריסה כלי שעושין בו אוכל נפש הוא וכו' פי' הרא"ד בשעבר ומשכנו דאע"ג דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני בשא לכ"ע כדאמרי' פ"ק דתמורה ולפי זה הא דאמ"ל אביי כו' ז"ל הסדר דהו"ל כלי אוכל נפש לא להחזירו לעולם קאמר אלא להחזירו לשע' וכו' וע"ל דהכא במשכנו בלילה שאינו זמן מלאכת המהריסה כו' יעו"ש הרי בהדיא דשמעינן ליה להרשב"א דלא כהרמב"ם ז"ל אלא ס"ל דאף דכלי אוכל נפש איכא עשה דהשב תשיב ולא אמרינן שאני התם דגלי קרא וס"ל להרשב"א דהא דאהדר אביי היינו לשעה וא"כ חוזרני למה שהקשינו לעיל בדעת הרשב"א ז"ל דבמשכון לא בעינן האמנת המיגו א"כ רבא אמאי אצטריך מיגו דלקוח וליכא למימר ולפרש דרבא לא בעי מיגו ואב"נ דאף בלאי מיגו נאמן וכטענו של הרשב"א ז"ל דהא ליתא וכמו שיראה המעיין ומעתה אהדרנא למה שכתב הרב בני אברהם דהטור חולק על הרשב"א וא"כ דברי ה' בע"הת דהביא דברי הרמב"ם דמוכיחין כדעת הרשב"א ועכ"ז כתב דאינו נאמן אלא במיגו וכלדברי הטור קשה גם ליסנא דהרמב"ם קשיא לי שכתב המלוה את חברו על המשכון כו' הואיל ואלו רצה לומר לקוח הוא בידי הרי זה נשבע כו' ומפני אינו נשבע היסת לפי שאינו נשבע על עצמו של משכון וכו' ואם היו עדים שהפך זה משכון בידו כו' כך אם אין שם עדים ויכול לומר שלי וכו' יעו"ש הרי דנקיט לה הרשב"א דהא דנאמן המלוה לישבע וליטול היינו דוקא היכא דנאמן לטעון לקוח מטעמ' הא היכא דלא מצי למטען לקוח אינו נאמן המלוה אלא הלוה נשבע היסת ונפטר אף דהרמב"ם קאי בסבר' הרשב"א לפי הכרח הש"ך ז"ל

ואלו היינו מחלקי' כמו שחילק ה' בני אברהם שם דאכ' דע"כ לא אמרה הטור ז"ל אלא בדליכא עדים שבא לידו בתורת משכון אבל היכא דאיכא עדים דבא לידו בתורת משכון מודה ליה להרשב"א דנאמן בלאי מיגו הוה אתי שפיר דברי הרמב"ם וה' בע"הת לכאורה אלא דאיכא למידק על טעמו של דבר דהגם דניתא דהעדים אינן מעידין אלא דבא לידו ואינם יודעים אי בתורת משכון או בתורת שאלה מ"מ כיון דהם עצמם בין המלוה ובין הלוה מודים בדבר דבתורת משכון מסרו ניהליה ומה יתן ומה יוסיף העדאת העדי' לענין קניה יותר מהודאת דידהו

ועוד דמלדברי ה' הבעה"ת נראה דליכא למי' הכי שכתב לשון הירושלמי ופירש דר' יוחנן דאמר בירוש למי לנאמן המלוה עד כדי דמיו טעמו דלא מחייבינן למלוה בהודאת פיו שהודה בפני עדיה שמשכון זה הוא בידו ולא החזירו וכו' דמ"מ יכול לטעון עד כדי דמיו הואיל ולא היו שם עדים בשע' המשכונה שיעידו בכמה משכנו וכו' יעו"ש הרי דלימדנו ה' בע"הת דכונת הירושלמי הוא דאף דהיו עדים בשע' המשכונה וכו' כיון דליכא עדי ראיה אם ישנו בידו או לא נאמן במיגו דאי הוו עדי ראיה אינו בלאי מיגו הגם דאיכא עדי' דמעידי' דבתורת משכון בא לידו והשתא דאתינן להכי צרי' לדחוק דמה שהביא ה' בע"הת ליסנא דהרמב"ם ז"ל הנ"ל לאו דקי"ל הכי כמ"ש ה' ש"ך אלא ללמוד מהם דנשבע בנ"ה ולא היסת מטעם מיגו

וראיתי לה' מט"ש שם הגב"י ז"ל אות ע"א דהביא דברי ה' בני אברהם הנ"ל וסמך עליו יעו"ש ועי' לה' ש"ך שם סע"ק פ"ב וסמ"ע

שם

שם שכתבו דאפי' ראו שבאו לידו כו' אם אינם יודעים כו' אם בפקדון או במשכו' כו' יעו"ש ודוק ולמה שדקדקתי לעיל בדברי ה' מש"ל עיין בדברי הר"ן פ' שבועת הדיינים הביא דבריו ה' מח"א ה' גביית חוב סי' י"א ודוק

הצעיר

אליעזר די טולידו ס"ט

סימן קכח

על ענין הקדשו' דהקדיש מע' כמה"ש הדה"ת מהר"י מורחי נר"ו ושלחתיו להר' המופלא כמהר"ר **חיים פאלאג'י** נר"ו למתא אזמיר וז"ל

אגבי אר"ש לידע ולהודיע איך כל הנז' עשיתי לעשות נ"ר ליוצרי וקנו מידי ב' אנשים כשרים בקגמ"ך במדל"ב כתחז"ל ע"כ הנז' כלחוי לפום דינא באופן שיגיד עלי חתימתי כאלו ב' עדים כשרים מעידים עלי ועב"ך ע"כ הנז' והרשות ביד המורים שלי לשנות ולהחליף על איזה דבר מכל הנז' לפי חילוף הזמנים ולהיות אמת בעה"ח ביום ד' לח' סיון מש' התקל"ח וקיים

הצעיר **יצחק מורחי** ה"י

ואח"ך בא נוסח העדים

לפנינו עח"מ בא החר"י מורחי הנז"ל ונתחייב מע"ל בח"ג ע"ב וכתחז"ל בשך התשים אלף גרוש' מנכסיו למע' המורשים שלו ולפורעם בש"א ק"ת בגו"ש משופרי שופרי כל נכסיו ברצון הנז' ונ"ך הן שירצו לגבות מקרקעו' הן מהיידיקי"ש הן ממעו' בעין הכל ברצון המו' הנז' ונ"ך לעשות מהנכסים הנז' ככל הכתוב ומפו' לעיל וגם לשנות ולהחליף איזה דבר מהדברים הנז' לפי התחלפות הזמנים וכך א"ל ס"ח דנא וכו' ולקיום כל הנז' קנינו מיד החר"י מורחי נז' קגמ"ך וכו' והיה זה ביום ד' לח' סיון מש' התקל"ח וקיים

פ' עד

פ' עד

והנה אחר קיום ותיקון ההקדש הנז'קם מע' מהר"י מורחי המקדיש נר"ו ושם לדרך פעמיו וילך אל ארץ ירוש' לשכון כבוד שם על התור' ועל העבודה ונשתהה שם כמו שנה מו"מ ונהפך לבו בקרבו ויצא יצחק מהתם לבא קושט'א עירנו יע"א לפקח ע"כ נכסיו ועברו ערעורי דברי' עם מע' חכמי הישיבה הי"ו דעלה בדעתו של המקדיש נר"ו להחליפם באחרים ולא רצה מע' המק' לתת להם לחכמי הישיבה הי"ו די ספוקם מדי חדש בחדשו כאשר היתה באומנה עמם ועל ידי שלא המחלוקת הלז באו בפנינו בפני ב"ד מע' חכמי הישיבה הי"ו עם מע' המק' נר"ו וטענו דע"מ וע"מ רוצה מע' המק' להוציאם מחזקתם ולומר דזכו בנכסי המק' הנז' ומע' המק' נר"ו טען לנגדם וכי מי החזיקם בזכות ההקדש הנז' ונתעצמו בטענות ותביעות מצד לצד והנה כי דינא אמר שנשאנו בדבר הלכה עלתה הסכמתינו דצדקו דבריהם של מע' חכמי הישיבה הי"ו כיון דהכי הוה עובדא דטרם כל קודם דעלה במחשבת' של המק' לחיוב ההקדש הנז' כבר הכינם והזמינם לחכמי הישיבה הנז' בבית מדרשו של המק' הנז' והיו לומדים שם בקבע זה ימים והיה נותן להם מע' המק' נר"ו די הספקתם מידי חדש בחדשו לכל אחד ואחד באופן דכבר הם מבוררים למע' המק' קודם דנטל קנין ההקדש וכמו שראינו ג"כ בכתב ידו ממש של מע' המקדיש נר"ו דשרטט וכתב אחורי דף הפנקס עצמו ששה משמותם ממעלתם של חכמי הישיבה הי"ו סדר הספקתם ריבה לאחד ומיעט לאחד נמצא דבין בכתב ידו ממש של המק' נר"ו ובין במעשה שיעור ס' הספקתם דהיה נותן להם מידי חדש בחדשו מי ומי החכמים הלומדים וא"כ במה כחו של מע' המק' נר"ו להוציאם מזכותם שזכו בפירות ההקדש ואסרי המדבר על אוזן שומעת דבא שעתא קבל את הדין מע' המק' בסבר פנים יפות ועל ידי זה נחא שקטה הריב ומשה שהיתה בין המק' ובין מע' חכמי הישיבה הי"ו ואחרי זמן מה בא מעלת המק' נר"ו עם מע' חכמי הישיבה הי"ו שניהם גם יחד בפנינו ב"ד ונסתלקו מחזקתם וזכותם דהיה להם לפום דינא בממון הבות דהקדיש סילוק גמור לגמרי כתחז"ל זולת מאחד המיוחד שבהם דלא נתרצה להסתלק

ואחרי סמוך ונראה והנה איש עומד לנגדנו מעלת המק' נר"ו בטענה דחפצו ורצונו לבטל ההקדש מכל וכל לגמרי דמאחר דכבר חלפו הלכו מע' הת"ח הנבררים שהיו בשעת הקנין נמצא דאין כאן זוכי' וממון שאין להם תובעים א"כ שפיר מצי ידו של המק' לחזור בו חזרה גמורה מההקדש ואנא דאמרי' ליה למע' המקדיש וכי מילתא זוטרתי היא בעיניך לעשות קודש חול מאחר דזכות ההקדש ממשמשת והולכת דור אחר דור עד כי יבא שילה מאין ואין לאורה לבטל כח ההקדש וכי מפני דסלקו עצמם הנה הנם הת"ח הנבררים מעיקרא מזכות ההק' דהיה להם נתבטל זכותם של הבאים אחריהם וכי זכייתא של אלו מדין נדרים אתינן עלה כדי שנאמר נדר שהותר מקצתו כו' דאם הותר הראשון הותרו כולם

ואמרי ליה למע' המק' דכל לגבי דידי' דלכאורה יש כדמות ראיה מהתוס' דהביאה הרא"ש ז"ל פ' הנושא וז"ל כתב לזון את בת אשתו וכתבה לו שובר ופסקה לו מזונות בתה כת·

לא הועיל לו כלום הזכין לקטן ואין חבין לו ע״כ ופסקו כן הטור ומרן ה״ה סי׳ קי״ד יע״ש ומן התו׳ הלזו הוכיח מהר״ם בתשו׳ הארוכות סי׳ ע״ו והובא ג״כ תשו׳ מהר״ם הלזו בתשו׳ הרשב״א ח״א סי׳ תקע״ג והביאה המרדכי ז״ל פ׳ האומנין סי׳ תמ״ו על אב דהשכיר מלמד לבנו ללומדו והוא חור בו האב וא״ל להמלמד זיל מעמדי והשיב ז״ל כיון דהשכירו נתחייב לבן ללומדו ולאו כל כמיניה דאב למחול שעבודו דזכין לקטן וכו׳ והכי איתא בתוספ׳ וכו׳ כתב לזון את בת וכו׳ יע״ש הנה למדנו לכאו׳ מהאי תוספ׳ דכל היכא דבא זכיה לאדם על ידי מי שבוא לא כמי בידיה של אותו המהפך בזכות הזוכה לבטל אותה הזכיה בעבור דבא ע״י דומיא דבת ובזמפסקו כל מהר״ם ז״ל וכן כתב הרב שמחת יו״ט סי׳ א״ך דלאו כל כמיניה דאב הזקן למחול חיוב נכדיו וכו׳ וסמיך עליה האי תוספ׳ הלזו וע׳ לה׳ דברי אמת קונט׳ דס״ח ע״א ומינה לכאורה לנ״ד ׃

וכי תימא מה דמות יערוך נ״ד להאי דינא דהתוס׳ ותשו׳ מהר״ם ז״ל דהתם כבר קדמה וחלה תועלתם וזכייתם שלהם מהשתא דהא מבוררים ועומדים הם לפנינו לא כן בגוונא דנ״ד דעדין לא התחילו תועלת וזכיית של הת״ח הבאים העתידים להיותם נבררים ומאחר דחור בו המקדיש טרם ברירתם של הת״ח מי ומי המה הבאים בלימוד הישיבה נמצא דאין כאן זכיה מהשתא עד שעת הברירה וא״כ נאמר דהכביר שמי בידיה להזור ׃

ועל פי זה שכתבתי נדחה נמי מה שעלה ע״ד בתחלת ההשקפה להביא כדמות ראיה דלא שמי בידיה של המקדיש נר״ו לבטל זכות ההקדש מעין מש״כ הר״ן ז״ל פ״ג דנדרים על מתני׳ הריני כאלו התקבלתי דדוקא כשהבנים סמוכין על שולחנו דבכה״ג שייך למימר דלהרוחה דידיה איכוון שלא יצטרך האב להוציא משלו לצורכין כו׳ אבל אם אין הבנים סמוכין וכו׳ הוי אפכא דלהרוחה דידיהו קא מכוין ואז בעינן דיאמרו הבנים כו׳ יע״ש הנה למדנו לכאו׳ דהיכא דהתועלת נמשך לאחרי׳ אין בידו של שום אדם לבטל אותו התועלת והזכות המגיע להם ומעין דינא של התוס׳ ומינה לנ״ד דאין ביד שום אדם לבטל זכותם של הבאים אחריהם וזהו מה שעלה ע״ד בתחילת ההשקפה ודברי הר״ן ז״ל אלו הביאם הרב תיו״ט ז״ל וגם הרב המרדכי ז״ל הסכימו דעתו כן

והאמנם במש״כ נדחה נמי ראיה הלזו כמובן ועוד נראה דאיכא למימר דרב המרחק מנ״ד להאי דינא דאסברא לן הר״ן ז״ל דהרוחה יראה דלאו מדין זכיה אתינן עלה לומר דלאו כל כמיניה דאב לבטל תועלתם וזכייתם של בניו אלא מדין קיום הנדר וביטולו אתינן עלה דאם הבנים סמוכין על שולחן אביהם מאחר דהנאתו דיליה הוא והרוחה דידיה קא מכוין א״כ כיון דאמר הריני כאלו התקבלתי הרי נתקיים הנדר ברם היכא דאין הבנים סמוכין ע״ש אביהם אין הנדר מתקיים אם לא בהגעת ההנאה לבניו דוקא דהא להרוחה דידהו נתכוון אביהם ולא להרוחה דידיה נתכוון וכיון דאמירה דאב הריני כאלו התקבלתי מגן שויא לגבי בניו דהרי אינן סמוכין ע״ש ואלו היה כה״ג באנשי אחרינא כיון דאמר ראו׳ לשמ׳ קונם כו׳ אם אין אתה נותן ללוי וכו׳ וחזר אח״ך בא ראו׳ ואמר לו לשמעון הריני כאלו התקבלתי ועל ידי זה שמעון ידו חוזרת ולא נתן ללוי כלום א״כ הרי נדרו רביע עליה כל זמן דלא בא ליד לוי מה שנדר ולאו מדין זכיה דזכה לוי הוא דהא לפי האמת לא זכה לוי באותה מתנה כלל ועיקר ומשמעות לישניה של הר״ן ז״ל מוכיחין כן דכתב וז״ל אבל אם אין הבנים סמוכין וכו׳ כל שאמרו הבנים הריני כאלו התקבלנו התירו את הנדר ואלו אמר האב אין בדבריו כלום עכ״ל הרי דכל משאו ומתנו של הר״ן ז״ל דאסברא לן מדין התרת הנדר וקיומו אתי עלה

אלא דלכאורה לפום ריהטא איכא למשדי נרגא למאי דכתיבנא מתשו׳ מהרי״ל ז״ל ח״ג סי׳ ע״א רמז דבריו סר׳ כהונת עו׳ ה׳ נדרים סי׳ רכ״ח דע״ע ע״ב דהרב מהרי״ל נשאל על לאה דהייתה אפוטרופוסית על דינא נתה ושדכה עם ראו׳ בשנו׳ דיכניסנה להופה לזמן קלוב ושוב עלתה בדעתה של אמה להאריך ומן קצת חדשים בשעכבת החופה ונסתפק השואל אי שמי בידה של לאה או לא והשיב הרב וז״ל עוד יש להסתפק וכו׳ דאין בידה להתיר כו׳ דבעינן שתאמר הבת הריני כאלו התקבלתי ולא סגי בשתאמר אמה וכמ״ש הר״ן ז״ל פ׳ ד׳ נדרים וכו׳ כל אמת דאינה מכנסת לבתה להופה היא מפסדת מזונות וחוב הוא לה כשתעבו׳ המועד ואין לה חבין כו׳ ולאו כל כמינה של אמה הגם דהיא אפוט׳ לחוב אותה ולסלק זכותה עכ״ד הרי לכאו׳ דהביא דברי הר״ן ז״ל הנו׳ לסיועיה לנדון דידיה ולכאורה תקשה מה דמות יערוך דהא כתיבנא דמדין קיום הנדר וביטולו אתי עלה ולא מדין זכות והובה ולכאורה עדיפא מינה הו״ל להרב ז״ל לאתויי התוס׳ דמייתו מהר״ם והרא״ש ז״ל דנאמר בהדיא בלשון זכיה דאין הבין לה לבת דהוה שייך טפי לכאורה לנדון הרב ז״ל האומנם המעיין יראה דאין כונת הר׳ מהרי״ל ללמד מדברי הרן ז״ל הללו לענין זכות והובה אלא דין זכיית הבת כבר הביא הסוגיא מפורסת דפ״ק דגיטין האומר תנו גט זה וכו׳ והביא דברי רש״י ז״ל וסיים הכי נמי בנ״ד כו׳ חוב הוא לבת כשתעבור המוע׳ ולאו כל כמינה של האם הגם דהיא אפוט׳ לסלק זכיותה אלא כונת הרב ז״ל דכי היכי דאסבר׳ לן הר׳ התם גבי נדר וקיומו וביטול תלוי למי שהתועלת מגיע לו דוקא ומש״ה אהניא אמירת הריני כאלו התקבלתי ולא לזולתו כמו כן נמי בשנוע׳ יהאירוסין קיומה וביטולה תלוי למי שהתוע׳ מגיע ליה ומהניא אמירת הריני כאלו התקבל׳ דוקא ולא לזולתה וכן מראה תשו׳ מהרשד״ם ז״ל יו״ד סי׳ ק״ד דכתב וז״ל אבל בנ״ד דהוא תועלת הבחורה נר׳ דלא שייך למימר הריני כאלו התקבלה אלא הבחור׳ דוקא דהתועל׳ מגיע לה דיותר מי שהאיש רוצה וכו׳ דהנע עצמך דנשבע ראו׳ לנקס׳ שמ׳ דיתומנה ללוי ואח״כ אמר ס׳ הריני כאלו התקבל׳ מי סגי כו׳ דכיון דהתוע׳ לא היה לשמ׳ אלא ללוי ע״כ ׃

הנה

הנה מבואר מדבריו דלענין זכות הבחורה הא פשיטא ליה הרב מהא דיותר מי שהאיש רוצה כו' אלא כל מגמתו של הרב הוא לאשמועינן דאמירת הריני כו' לא סגיא אם לא כדאמרה היא ולא אביה ואמה וזהו כונת מהרי"ב ז"ל

ואת זה ראיתי בזכרונותיו כ"י של הרב דברי אמת אות שבוע' סי' תרע"ג וז"ל הנשבע לתועלת הקטן צריך שימתין עד שיגדיל ויתן לו רשות פ"מ (א"ח סי' ע"ו ועי' מהריק"ו שו' ב"ן הרשד"ם י"ד סי' ק"ד מהרימ"ט ח"מ סי' ק' כנה"ג י"ד סימן רל"ט אות עכ"ל וז"ל הרב פ"מ ז"ל שם דקפ"ו ע"ד ואני אומר דכל הנשבע לתועלת הקטן בעי רשותו להתיר וצריך להמתין עד שיגדיל הקטן כו' דכבר זכה הוא בשבו' ההיא עכ"ל והא דתלי הדבר הרב בל' ואני אומר הגם דכבר בא הדבר מפו' יוצא מלשון התוס' הלו וכבר הסכימה דעתם של מהר"ש והרא"ש והטור ומרן וכנו' היינו טעמא דס"ל להפ"מ דהתם מכח אלימו' קנין אתינעלה דהביא דבת אשתו מכח קנין הוא וכדאמרי' בגמ' וכן הביא דמלמד דהשכיר עצמו דהתחל' הלימוד הוא הקנין ועדיפא כח הקנין דכל רוחות שבעולם אין מזיזות אותו הזכות דזכה הקטן דע"י הקנין נתרוקן זכותו של בעלים הראשונים ואיכא הונאה מר' לר' אבל היכא דליכא קנין בדבר אלא דנתקשר הענין בחומר השבועה בעלמא דנשבע אביה של הכלה אפ' דהיה אפ' לצדד ולו' דמאחר דאביה הוא הגורם זכות זה של הבת על ידי דנתקשר עצמו בקשר השידוכין עם החתן ואם לאחר זמן הסכימו שניהם גם יחד אבי הכלה והחתן לבטל הזיווג או איזה פרט מפרטי קשר הזיווג כל כי האי גוונא הוה סמי נידיה דאביה או אמה להתי' אותה השבועה של הזווג או איזה פרט מפרטי קשר הזיווג לזה הוצרך הר' פ"מ לתלו' הדבר בהאי לישנא ואני אומר ועפ"ז א"ש נמי דלא הביא הר' מהרי"ב התוספתא הלז דבת אשתו וכמו שהקשינו לעיל נמצא כפי מ"ש דאין כונת מהרי"ב להביא דברי הר"ן לפ' ד' נדרי' לענין זכיה וזכו' הבת אלא לענין אמירה הריני כאילו התקבלתי ובמשמעו' תשו' הרשד"ם הנז' והכי הוי ריהטא תשו' מהר"י לונלין סי' כ"ד דנשאל על אחת דשדכה את דינה בתה כו' ובכלל השבועה היה הקשר שלא יצא החתן מן העיר כו' אי סמי נידה של אמה להתיר כו' והביא דברי הר"ן הללו וכתב וז"ל והכא דהשביעה האשה את החתן שישא את בתה הוי רווחא ויקרא דבת ולאו כל כמינה דאמה להתיר באמרה הריני כאלו התקבלתי ע"כ

הנה המדקדק בדברי הר' לבבו יבין דלאו מדין זכיה אתי עלה להביא דברי הר"ן דהרי לא הוזכר בדבריו שום לתא ורמז מזכיה אלא מפתח הריני כאלו התקבלתי אתי עלה וכמו שלידדנו בתשו' מהרי"ב דומיא לנדון הר' ז"ל האמנם האי לישנא דכת' הר' ז"ל אמנם נשיות הבת משומת' לא תלייא ולא מרגשת לא ברווחא ולא ביקרא כולה מילתא תליא בדעת האם כו' ומדמינן הבת הזאת לסומכין על שולחן אביהן כו' ועם היות אני זה נאה בטוב מוסבר האנושי לא מצאתיו לא בפירוש ולא ברמז בשו' אחד מהמחברים ז"ל כו' ע"כ והנה הגם דהר' ז"ל כת' דלא מצא לא בפירו' ולא ברמז החילוק הנז' הלא אנן בדידן ראה ראינו דהאי חילוקא כבר בא מפורש יוצא בתשו' מהרי"ב ז"ל דעלה בדעת הר' מהרי"ב ז"ל לחלק בהכי כדמותו כצלמו אלא דהדר ביה הר' ז"ל מטעם דלפום דינא חברא וז"ל וכל מעיינן לאו מילתא היא דהא זכות הוא כו' יע"ש הרי דהר' ז"ל לא אסגא בחילוק הנזה ומקובל אמר דחוב הוא ואין אבין כו' ולכאורה הוה אפשר לצדד דמה שלא עלה על שפתיו שפתי צדיק מהר"י לונלין האי טעמ' דחוב הוא לה להתיר את החתן שיצא מן העיר דאפשר דנדון הר' היה היה דאם לא היתה אמה של הכלה מתיר היה רוצה החתן לבטל את הזיווג לגמרי מכל וכל ואז ודאי חוב יהא לה לגמרי בלתי זכות ושפטה בדעתה האשה חכמה לבחור הרע במיעוטו הגם דחוב לה לפי שעה ויש קצת לדקדק כן מדברי התוס' פ"ק דגיטין די"ג ע"א ד"ה עבדא בהפקרא ניחא ליה יע"ש ויעויין להר' נקודות הכסף יו"ד סי' ש"ב סע"ק י"א והביא ראיה מסוגיא דקדושין דמ"ב ולהר' מהר"ש בולה בספרו הבהיר זכות משה דעמד בהאי כללא ואין הפנאי מסכים לישא וליתן במילתא כדנא ופשיטא ליה להרב מהר"י לונלין האי סברא אשר מטעם זה פסיק ותני הר' האי טעמא דזכות

והאי דרמז הר' ד"א תשו' הר' מהרימ"ט על פסקו של הר' פ"מ ולא רמי עלה כלל לא מינה ולא מקצתה עלה ע"ד בהשקפה ראשונה דלא דמי נדון הר' מהרימ"ט לנדון הפ"מ וה"ט לחוד והאי טעמ' להו דלא שוו בטעמייהו דה' הר' מהרימ"ט טעמא טעים טעמא דדינא וז"ל עכשיו דביישו באמו' לו לא הפלתי בו ואפרע כל יציאותיו נמצא ש"ר כו' דכל העם מקלה הנמצאים הנה הנם אומרים אלמלא לא ראו דבר מגונה לא היו מניחין בשתי ידיו כו' ובה שעתא נתפרדה החבילה והותר לו לזה לבקש את חפקידו דמשמת' לא נשבעו שניהם אלא ע"ד שיהיו שניהםיחד באהבה וכבוד וזה שבע קלון מכבוד וכדאי בזיון וקצף ע"כ הר' באופן דאסברא לן הר' מהרימ"ט דאנן סהדי דאין קשר שבועת השדוכין אלא ע"ד קניית הכבוד יקר תפארת גדולת המשפחות זה עם זה ואלו היה יודע החתן דבמקום יקר וכבוד של קירו' המשפחות ילבשו בושת וכלימה עליו לא היה עולה על לבו לישבע ולקשר עצמו בקשר אמיץ וא"כ הוי"ל כאילו התנה מעיקרא בשעת השבועה דע"ד קניית כבוד ויקר קירוב המשפחות של משפחת החתן עם משפחת הכלה וכיון שכן ס"ל למהרימ"ט דמה לה להכלה דלעקה הנערה המאורסה דלא כל כמיניה דאביה לבטל זכותה ואינאבין לה אף אתה אמור לה מאין ולאין בא ליך האי זכותה אם לא דנתקשר החתן בשבועה בשעת השידוכין לקרב עם משפח' אביך לקנות יקר וכבוד והלא אביך השביעו להחתן שבע קלון וחרפה ולא חלה השבועה מעיקרא כלל וזהו שדקדק מהרימ"ט בדבריו שכת' וז"ל וכי תימא מ"מ מאחר דשדוכין אלו זכות לבת הם להו כל המינו דיזב לרוב לבתו ולא קפיד זכותה מפני דברי אביה מ"מ החתן לא נתחייב אלא עיי' התנאי דהתנה עם אביה כו' יעי"ש דדייק

ברב

הרב ז"ל למינקט ע"י התנאי דהתנה החתן עם חמיו
והיכן ראינו תנאי זה אלא הרב סובב הולך למאי דפי'
למע' דמסתמא לא נשבעו שניהם אלא על דעת כו'
באופן דאדעת' דהכי דיהיו שניהם שיחד באהבה וכבוד
והו מאי דאסברא לן הרב מהרימ"ט האמנם היכא
דלא עברו ב' בין החתן ובין חמיו שום ערעורי דברים
כלל כלל לא אלא אהבה וכבוד יהדיו ידובקו אלא
דנתרצה מצד עצמם אביה של הכלה והחתן לבטל
הקשר ולהפריד איש מעל אחיו ונשתוו ביניהם מצד
לצד למחול שבועתם על זה וכיוצא בזה שייכה לצעקת
הנערה המאורסה על איגת זיווגה עם החתן שלה וכבר
נתנה עיניה בו והוא נתן עיניו בה וא"כ מי הוא זה
ואיזה הוא אשר מלאו לבו לחוב לה חוב גמור בהחלט
מאחר דגלגלה האהבה בינינו וכיוצא לזה איהו ניהו
נדון הרב פ"מ דלא היה חפצו ורצונו של אבי
הכלה להפריד הזוג כלל אם לא דאין ידו משגת
לקיים מצות דמי הפסיקתא דפסקו ביניהם ועניות
לא הניח כו' ומה הבן כו' ועל נדון כזה הם דעתי'
של הר' פ"מ לצעקת הנערה המאורסה ואין מושיע
לה מצרתה על אלוף נעוריה דלאו כל כמיניהו
לחוב לה באופן דכל משאם ומתנם של שלוש' הרועים
ה"ה מהריב"ל ומהרשד"ם והר' פ"מ להשגיח על זכו'
הבת היינו טעמ' דלא עברו שום ערעורי דברי' ביניהם
בין אבי הכלה והחתן מאומה קלון והרפה וכנדון הר'
מהרימ"ט ומר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי
אלו ואלו דברי כו'

אלא דאחר החיפוש ראיתי להרב ד"ן ז"ל יו"ד סי' ה' דנדון הרב היה היה דבת
בטענה אבי הכלה דבתו היא בוגרת וזוכות הוא לה
ואין חבין כו' ועל זה השיב הרב ז"ל גם בטענ' הלזו
אין בו ממש כו' דאף אם הכלה היא גדולה מ"מ
החתן לא נשבע כי אם לחמיו ואדעתא דהכי נשבעו
שניהם דיוכלו לפטור כל א' לחברו אם לא יוכשר
בעיניהם החיתון ואע"פ דזה ענין פשוט ומוכרח
מעצמו כו' מצאתי בפירוש שכת' כן מהרימ"ט ע"כ
שמעינן מדברי הר' תרתי חדא דפשיט ליה דאין שנו'
השידוכין אלא אדעתא דשמי בידייהו של שניהם
למחול ולבטל החיתון ביחוד וזמן דיעלה בדעת' להפרי'
הזיווג ולא משגחינן ברצון הכלה כלל דמה לה כי יצעק
באומרת דחוב הוא לה וכי אדעתא דידה נשבעו
ולמדנו עוד מדברי הר' דאין כונת הרב מהרימ"ט
כמו שפירשנו הכן בעניותין דלעולם איכא אנפא
דמשגחינן בזכות הכלה ולא כל כמיניה דאביה לבטל
החיתון כאשר יעלה במחשבתו דלא אמרה מהרימ"ט
אלא דוקא היכא דעברו ערעורי דברי' ביניהם ובמקו'
יקר וכבוד ילבשו בושת וכלימה וכאמור

והרואה יראה דלכאו' לא שלטא ביה עינא דשפיר הוי כדברי שלושת הרועים
הנז"ל דפשיט להו דלא כל כמיניה דאב לבטל החיתון
ולהפריד איש מעל אחיו אם לא בדעת הכלה דאין
חבין לה דבר וזהו מעיקרא הנה הלום ראיתי להר'
ד"ן ד"ך ע"א דכתב דמה שהוכיח מהרשד"ם להשגיח
בזכו' הבת המשודכת היינו מטעמ' דחפצו ורצונו של
אביה היה שלא יבטל החיתון ומגמתו היה בקיום
החיתון האמנם מאחר שהפצירו בו עד בוש אנשים
חשובים ואילו פניו לבל תארע תקלה לבחור כו'
משו"ה תלה הדבר בדעת הבת המשודכת כו' משא"כ
כשהמשביע רוצה לעקירת דבר משורשו לבטל החיתון
אני אין אנו צריכין לדעת הבת המשודכת ע"כ

ולפי אוקמתא הלז דקא מוקי הר' מהרשד"ם ז"ל למאי דהשגיח הרב לזכות הבת
היינו משום דהיו רוצים בקיו' החיתון אלא דנסיבה
דלא יהיה תקלה הוצרכו לבטל החיתון אבל בעלמ'
לא משגחינן בזכות הבת א"כ גם תשו' הר' מהריב"ל
איכא לפרושיה כה"ג דבנדון מהריב"ל היו רוצים
בקיו' החיתון ואדרבה לא היו רוצים להאריך זמן
הנשואין אלא לקרב אם לא בעבור דלא ירבו קטטות
ומריבות בענין החיתון יעו"ש אבל בלתי האי טעמא
גם מהריב"ל מודה ובא דאין להשגיח בזכות הבת
המשוד' וכמו כן נמי איכא לפרושיה תשו' הר' פ"מ
ז"ל דלא תלה הדבר בזכות הבת המשו' היינו משום
האי טעמ' דנפשם אותה שלשם בקיום החיתון אלא
מאחר דמטה ידו של אבי הכלה ולא אפ' ליה לנאות
ידי חובתו משו"ה השגיח בזכות הבת המשוד' וזו
לשיטת הרב ד"ן ז"ל ברם כל לגבי דידי דעתם של
מהריב"ל ומהרשד"ם והר' פ"מ דהכל תלוי בדעת
הבת המשודכ' ולאו כל כמיניה דאב לבטל החיתון
כלל והגם דתשו' מהרימ"ט ז"ל משמעות' היא כמשכ'
הר' ד"ן ז"ל הרי כבר כתבנו בעניותין מאי דעלה
בדעתין דמאי דלא השגיח הר' בזכות הכלה לאו
משום דשמי בידייהו של החתן ואבי הכלה לבטל
החיתון ברצון נפשם אלא דאדעתא דילבש החתן
בושת וכלימה ושבע קלון לא נשבע מעיקרא והו"ל
כאילו הטילו תנאי בשעת השבוע' ודברי מהרימ"ט
ז"ל שכתב דלא משגחינן בזכות הבת המשודכ' הם
סובבים והולכים על עיקר השאלה דנשאל הרב ז"ל
גם תשו' מהר"י לונלין ז"ל מאי דלא השגיח הרב
בזכות הבת המשוד' לאו משום דס"ל כסברת הרב ד"ן
ז"ל אלא משום טעמא דעלה בלב החתן דאם
לא היו מתירין לצאת מן העיר היה רוצה לבטל
החיתון לגמרי וכמו שכתבנו למע'

באופן דאיכא ללודי בסברתם של גדולי האחרו' ה"ה מהריב"ל ומהרשד"ם
ומהרימ"ט ומהר"י לונלין והר' פ"מ ז"ל דכלהו ס"ל
דמשגחינן בזכות הבת המשוד' ולאו כל כמיניה דאביה
לבטל החיתון מדעתיה כאשר אותה נפשו וכבר
אסברא לן הר' פ"מ ז"ל להשגיח בזכות הבת המשו'
אף דהיא קטנה צריך להמתין עד שתגדיל אלא
דהרב כנה"ג ז"ל י"ד סי' רל"ט הגה"ט אות ל"ג הגם
דבתחלה נסתפק בסברא הלזו בבת המשוד' שהיא
קטנה אי סגי ברשות אביה בלבד מ"מ לבסוף עלה
בהסכמ' וכתב דהדעת נוטה דאינה צריכה כיון
דמתגרשת בע"כ דעת אביה וכן בא הדבר מבואר
בתשו' הר' המבי"ט ח"ג סי' קי"ט דנדון הר' ז"ל היה
בבת משודכת קטנה בת ה' שנים וכתב בפשיטות דאם
אביה נתן לו ההיתון רשות סגי יעו"ש גם הרב ט"ז
ז"ל הביא דבריו הרב ב"ש ז"ל שם סי' קי"ד סע"ק ו'
דהיכא

דהיכא דהבת המשוד' היא קטנה או נערה שמי בידיה של אבי הכלה לבטל השידוך בלתי רצונה יעו"ש

ולפום פשטה נראה דטעמא הוא מאחר דכל שבח נעוריה לאביה א"כ אף דזכות גדול הוא לה השידוך הוא מ"מ בידו של אב לזכות לו לעצמו ואינה יכולה הבת לערער וכבר כתב הרב הנמק"י ז"ל פ"ק דמציעא על משנת מציאת בנו ובתו הקטנים וז"ל ואיכא מ"ד דלא הכי דאמרי' במציאה שהיא של אביו כן הדין אם נתנו אחרים מתנה לבן או לבת שהיא לאביו וכן אם נתן לו לבנו או לבתו מתנה לא קנה דהרי אין להם יד לזכות לעצמם כלל יעו"ש ומהרשד"ם ח"מ סי' של"ו צירף דעת ר"ת ומהר"ם ז"ל דהכי ס"ל יעו"ש . וכבר הר' כנה"ג ח"מ סי' ע"ר הגה"ט אות ב' רמז למחלוקתם של הראשו' במתנה שנתנו לבן אי הוי כמציאה ובכה"ג או לא יעו"ש ונמשו' הרב כנה"ג ח"מ סי' קע"ו ויעויין במור"ם סי' ע"ר דפסק כן דהמתנה של אביו יעו"ש ובבתו בין קטנה ובין נערה הגם דאינן סמוכין ע"ש הביאו הרי הן של האב יעו"ש בטור ומרן בש"ע וכיון דכן איכא למי' דהכי היכי דגבי מתנה חוזר האב ונוטלו מדין של הבת בין קטנה ובין נערה המתנה דזכו א"כ אף לגבי זכו' השידוך שמי בידיה דאביה לבטל השידוך שלא כרצו' ובעת לא ראיתי לשום אחד מגדולי האחרונים דעמדו ע"ע בלו אי מדמינן האי פלוגתא דמתנה להאי פלוגתא דזכות דהשידוך וכאמור וע' להרב הקי"ל ז"ל ח"ב יו"ד סי' ז"ן דנשאל הרב אי מכני רשות האב בלבד ולא משגחינן בזכות הבת המשוד' והרי העמיק והרחיב כמנהגו הטוב ולא שביק מקו' להתגורר הבאי' אחריו אחרא עקא דדימה הרב האי דינא דזכו' שבת המשוד' להביא דכתב הר"ן פ"ד נדרים וכנו"ל וכדעת הרב פ"מ ודלא כסברת מהרימ"ט יעו"ש

וכבר כתבתי למעלה דהתם לאו מדין זכיה וזכות הוא אלא מדין קיום וביטול בנדר הוא ומה דמות יערוך גם מ"ש הרב ז"ל וגם ממקום אחר יש ראיה לסברת הרב פ"מ הפך דעת הר' מהרימ"ט ז"ל מהביא תוספתא דבת אשתו יעו"ש גם ראיה הלזו כבר כתבתי לע"ד דאין הדמיון עולה יפה וכנו"ל באופן דלא נשתוינו בס' הלימוד ולמודעי אני צריך ענין זה

ואיך שיהיה הגם דלדידנו לענין נ"ד דלא דמיא לא דהביא דבת אשתו ולא להביא דהר"ן ז"ל דפ' ד' נדרים וכאמור מ"מ עלה בדעתי לפום ריהטא דלא שמי בידיה מע' המקדיש נר"ו לבטל ההקדש מטעמא דלא היו הת"ח הבאים אחריהם נבררים מי ומי ההולכים לעמוד ולשרת בבית המד' דהא לכאורה מעין דוגמא זו איהו ניהו הביא דפ"ק דגיטין משתעבדנא לך ולכל מאי דאתי מחמתך ופי' רש"י ז"ל דנפשטה הל השעבוד לכל הבאי' אחר שתלוה ואיגלאי מילתא דמשעת מתן מעות אשתעבד ליה ע"כ ומינה לכאורה מאחר דבשעת הקנין דנתחייב מע' המקדיש נר"ו כבר היו מע' הת"ח אשר היו לומדי' בעת ובשעה ההיא מבוררים ועומדים וזיכה להם ע"י הקנין שעבוד נכסיו וא"כ גם הבאים אחריהם דחלפו והלכו כת ראשונה מ"מ הרי ברוך ה' דכמה וכמה כתות כתות של ת"ח דאיתיה קמן דהשתא ורצונם לעמוד לשרת בקדש בבית המדרש הנז' והגם דלא היו נכרים ונבררים בשעת השעבוד אהניא דומיא דהביא דמשתעבדנא כו' והגם דהתם שאני דאתי מחמתיה לא כן הכא בנ"ד כא לא מכרעא כמו שיר' המעיין

אלא דאם באנו לידי מדה זו להדמות להאי דינא דמשתעבדנא כו' א"כ באנו למחלו' הראשונים ז"ל דהא כתב הרמב"ן ז"ל הביא דבריו הר"ן בב' שם דקמ"ז ע"א וז"ל ונמצא עכשיו כו' דאי כתי' בשטרא משתעבדנא כו' ולא מצי מחיל אבל הרמב"ן סובר כו' דמצי מחיל ונתן טעם לדבריו משום דאפי' כתב ליה הכי לא מהני לאשתעבודי ליה מדאורייתא דאין ברירה ע"כ הרי דמאחר דלא חל השעבוד בשע' ההלואה כיון דלא היו נכרים מי הם הבאים אחריו הגם דאיתנהו בעולם אשר מטעם זה שמי בידיה לעקו' את החוב מעיקרו הגם דחל השעבוד מעיקרא על המבורר דבאותה שעה ומינה נמי לכאו' בנ"ד דהגם דנימא דכיון דבשעת השעבוד דמעיקרא כבר היו הת"ח דבכתה ראשונה מבוררי' וחל עליהם השעבו' מ"מ הבאים אחריהם דלא היו מבוררים לא חל השעבוד עליהם דמדאורייתא אין ברירה וכיון דכבר נסתלקו הכתה הראשו' מן השעבוד כבר נתבטל השעבוד דעל מי חל של הבאים אחריהם וכבר קדם האורה של מע' המקדיש נר"ו והגם דהר"ן ז"ל כתב ע"ד הרמב"ן ז"ל דלא שייכא הכא דין ברירה דאפשר דיהא משועבד לכל העולם זה אחר זה ולא אמרינן אין ברירה אלא דוקא במילתא דאי דהאי לאו דהאי ע"כ מ"מ בנ"ד נמי האי הנאת ההקדש ליתיה לכל העולם דאי דהאי כו' נמצא דלדעת הרמב"ן והר"ן בנ"ד. אין כאן אדם קונה מבורר

ודרך אגב עמדתי כעת ע"ד הרמב"ן ז"ל הללו ממ"ש הרב הנמק"י ז"ל משם הרמב"ן בסו' ג"פ גבי מתני' שני יוסף בן שמעון וז"ל אמר המחבר שטר שכתוב בו דנתחייב לכל מוציא אותו בב"ד השטר כשר כו' ואי משום דלא נתברר כשכתבו למי נתחייב וקי"ל דאין ברירה בדאורייתא שאני הכא דכיון דהוא רוצה להתחייב בו לכל אדם אין כאן דין ברירה כו' מפי רבינו הר"ם והריטב"א ז"ל עכ"ד

ולכאורה דברי הרמב"ן ז"ל הללו סתראי נינהו דלפי דבריו לא מצי מחיל מאחר דכבר חל השעבוד מדאורייתא' דבמלתא דראוי לחול השעבוד לכל בני עולם מגברא לגברא זה אחר זה שפיר איכא דין ברירה מדאורייתא' ודברי הרב הנמק"י הביאם הרב מהרי"א ששון ז"ל סי' קכ"ב והרב דברי אמת קונט' ג' דס"ה והרב מח"א ה' ערב סי' ג' יעו"ש

באופן דאזלא לה מעין דוגמת הראיה לכתי' מהביא דמשתעבדנא כו' דהתם השע' חל על כל בני עולם דישנו תחת האפשר לחול ברם היכא דאין השע' חל אלא דוקא לאנשי מספר ולא לכולם וליכא ברירה דאינם נכרים וידועים מי הם לא חשיבי למימר דברורים הם הגם דמעיקרא

בשעת

בשעת הלות השע' כבר היו אנשים מבוררים וכבר חל עליהם השעבוד לא אמרי' מנו דחל על המבורר חל על שאינו מבורר ומחוך דבריהם אתה למד דאין אדם מקנה למי שאינו מבורר בשעת הקנין ולא מבעי' לדעת הר"מ ב"ן ז"ל אלא לדעת הרן ז"ל אינו אלא דישנו תחת האפשר לחול לכל באי עולם בזה אחר זה הא לאו הכי לא וכמו שכתב הר"ש ב"ץ ה"ג סי' קנ"ב דנשאל על שמ' דנתן כל מה שהיה לו בעין לסוחר א' ולוהו השכיב מרע שיתן הכל להקדש ירוש' כו' והשיב ז"ל זה המלווה לא ליוה דיתחלקו אלו הנכסים אלא כשילך הסוחר לירוש' כו' ובשעת מיתתו לא הוברר מי שיהיה עני בשעת שילך שם הסוחר הזה שאותם שהיו עניים באותה שעה שמת שמא יהיו עשירים או ימותו קודם שיגיע לשם הסוחר או ילכו למקומות אחרים וא"כ ממון זה בשעת מיתה ממון שאין לו תובעי' הוא כו' וכיון דבשעת מיתה לא חל שום זכות לשום אדם יען דאין כאן אדם ידוע חלה ירושת היורש מן התורה כו' עכ"ד הרי דפשיט ליה להרשב"ץ דאין אדם מקנה אלא לאדם מבורר וידוע אשר מהאי טעמא ביטל ההקדש דלוה הש"מ דמאחר דלא ברירא לן מי ומי הנה הנם העניים הזוכי' לא חלה זכיה לשום עני ואע"ג דקי"ל דברי ש"מ ככתובים כו' מ"מ דבבריאת כי ה"ג לא אהנייא כלל הנפ' דההקנאה היה היה בקנין חזק ואפ"ה יען דאין הקונה מבורר גם מהרימ"ט ה"א סימן כ"ב רמיזה הר' כנה"ג ה"מ סי' ר"י הג"הט אות ד' מט"ש סי' רמ"ג הג"הט אות ז' נשאל על ש"מ דלוה ואמר תנו מנה להמכה יתומות בנות טובים את שירצה בעיני פ' והשיב הרב דלא זכו היתומות דכל מילתא דליתיה בבריא כו' ואילו בריא בקנין כה"ג לא הוה מועיל דאין אותן היתומות ברורות וידועות כדי שיזכו יעו"ש והעמיק והרחי' הרב ז"ל והגם דהר' פ"מ סימן ל"ד ד"פ ע"א גמגם ע"ד הרב מהרימ"ט מ"מ כבר הסכימה דעתו וסיים דבריו מסתיין דרב גובריה אמרה יעו"ש וע' להרב בני יעקב דפ"ט ע"ג מאי דקא משיג ע"ד הרב פ"מ ז"ל יעו"ש

ובעיאני לעלמי איכא רעותא אחריתי מלבד מאי דאסברא לן הרשב"ץ ז"ל ומהרימ"ט דהא בעינן לפום דינא כליו של קונה והא ליכא והיינו ע"פ מאי דכתב מהרימ"ט ח"מ סימן כ"א על ראובן דנתן מתנה לבתו קטנה בשטר וכתיב ביה וקנינא מיד ר' ודן הרב ז"ל דהמתנה קיימת הפך דעת הרב החולק מהר"א מונסון והוא מטעמא דהעדים הנותנין השודר שלהם הנה הנם עושים שתי פעולות של זכיה בעבור שיזכה המקב' מתנה הפעול' הראשונה היא דמתחילה העדים עצמם מקנין השודר למקבל מתנה ע"י ר' הנותן וזוכה המקבל מתנה בשודר בזכית ע"י אחר דהיינו ר' ונמצא דכבר בא לידו של ר' כליו של קונה וא"כ בא ר' בעבור חליפין הללו דבא לידו מזכות הקונה ותקנה הדבר להמקב' מתנה על ידי העדים עצמן דנעשים שלוחין לזכות להמק' מתנה וזהו הפעולה השנית העושים העדים וזהו מדוקדק בלישניה הזך של הר' ז"ל שכתב דכל ק"ס דהעדים קונין בו מדין זכיה הוא שנותנין השודר למקנה בעד הקונה דזכות הוא לו וכו' וזוכין לו באותו סודר לנותנין בעדו כו' ושלא כדעת הרב מהר"א מונסון ז"ל דס"ל דאין העדים עושין אלא פעולה אחת והוא דהעדים הנותנין השודר אין כוונת' אלא להקנות השודר למקנה בעבור שיזכה המקבל מתנה ויהיה השודר של הקונה כדי שיהיה כליו של קונה ביד הנותן וע"י זה תקנה הנותן להמקבל מתנ' נלחי אמלעי' דהעדים כבר נסתלקו בנתינתם השודר לנותן ומינה דאם המקבל מתנ' הוא קטן דלית ליה זכיה אלא על ידי אחר אין כאן מתנה דהא העדי' אין זוכין בעבורו והובא מחלוקת הלו בס' כנה"ג סי' רל"ו הגה"ט אות ט"ו ובסי' רמ"ג הגה"ט אות כ"ו ויעו' להר' ד"א ז"ל קונט' ז' דס"ג ע"ב וג' וא"כ היכא דהמקבל מתנ' אינו מבורר כנדון מהרימ"ט ז"ל הביא דיתומות אין כאן כליו של קונה והקנאת השודר של העדי' לנותן נשאר ברשותם כדמעיקר' דהא אין כאן הולאת מרשות לרשות נמצא דעיקר הקנין גריעא

באופן דהני שלשת המורים ז"ל הרשב"ץ ומהרימ"ט והר' פ"מ דגלוה עמם קיימי בשיטה אחת דאין קנין לאדם שאינו מבורר וכבר כתיבנא דהכי מתברר מדברי הרמב"ן והר"ן והריטב"א והרב הנמק"י ז"ל דאם נתחייב מנה לאדם שאינו מבורר לא מהני משו' דאין ברירה ואותה סוגי' דפ"ק דגטין משתעבדנא לך טעמי' אחרינא אית ביה דישנו תחת האפ' דחל השעבוד לכל באי עולם בזה אחר זה וכאמור

וקפי זה שכתבנו דיש ללמוד מלשון ה' הנמק"י ז"ל הנז' דהריטב"א ז"ל הכי ס"ל דאין מקנין לאדם שאינו מבורר א"כ האי לישנא של הריטב"א ז"ל באי' לקדו' דס"ג והביא דבריו הרב ד"א ז"ל שם ע"ג וז"ל ר' שאמר לשמ' אני מתחייב למי שתרלה ומת אין בניו יכולין לומר אנו רולים לפי דהם לא ידעו דרלה אביהם בזה כלל ע"כ מוכרח מזה לכאו' דכל לגבי אביהם שמי בידיה לברר לפ' אני רולה נמלא דחל שעבודו של נותן הגם דאינו מבורר הזוכה וזה הפך מת"ש הר' הנמק"י ז"ל ואין לומר דהריטב"א ז"ל נחית לכאי דינא הכא ולעולם ס"ל דאין אדם שאינו מבורר יש לו זכיה והריטב"א ז"ל מיירי דכבר גילה דעתו הנותן לשמ' קודם הקני' דהפלו ורלונו לאת מתנה למי שתרלה אתה ותכף ש' בשומעו את דברי הנותן בירר בדעתיה מי הוא וא"כ בשעת דנתחייב ר' למי שתרלה הא הוה ברור ועומד וניכר לשמ' מי הוא הזוכה דא"כ דהריטב"א ז"ל באופן הלז קאי א"כ למה הולר' הרב לומר דאין בניו יכולין לומ' לפ' אנו רולים משום דלא ידעי דע' אביהם כו' ת"ל דברירתם לפ' אינו אלא אחר הקנין וכה"ג אף אביהם לא אהניי' ליה האי ברירה' ולמה ליה להריטב"א לתתלי הטעם משום דבניו לא ידעו ואין לומר דכונת הריטב"א ז"ל היא דזה אינה במשמע

וראיתי להר' מח"א ז"ל ה' לדקה סי' ב' דא"י ע"א שכתב וז"ל אבל באומר סלע זו לעניים דאינן מבוררין אינן זוכין באמירה דלא חהא אמירה גדולה ממסירה ובכה"ג בהדיוט אפי' מסר להבירו ואמר לו זכה למי שילא ראשון לא זכה וסברת זו סברתיה וא"כ מלאתיה להר' מהרימ"ט ז"ל

ז"ל ע"כ הרי דהרב ז"ל משנה את עצמו ז"ל דזכה
לדעת גדולים ז"ל ואין להקשות ע"ד הרב מח"א ז"ל
ממ"ש הוא עצמו דזכה לדעת גדולים ואין להק' ע"ד
המה"א ממ"ש הוא עצמו ה' זכיה סי' א' דל"א ע"ב על
פסקו של הר' דבר משה ח"ב סי' ע"ה דפ"א ע"ד דשותף
דמכר חלקו המשותף דהמכירה בטלה כיון דלא
נתברר חלקו איה מקומו והביא ראיה מת מהרימ"ט
הנז' ועל זה בא רעהו ה' מח"א ז"ל וכתב למה
יעשה הר' מהרימ"ט ז"ל מההיא דפ"ה דנזיר שור
שחור כו' ולכ"ע אם יצא שחור אל ההקדש ולא
אמרי' אין ברירה דאסברא לן הר' כלל גדול בדיני
ברירה ומעי בה מחסו' הרשב"א ז"ל מה"ב סי' פ"ב
דלא נאמרו דיני ברירה אלא דוקא במילתא
דלא מתקיימא אם לא דאנו צריכין לומר הוברר הדבר
למפרע כגון דב' לוגין וכו' דאל"כ אבל טבל מעיקרו
הרס נמוכר קרקע מקרקעותיו דאינו מסיים הדבר
המכור דאז אין אנו צריכין לקיום המקח למעיקרו
דהרי מבטא מתקיים וכו' יע"ש ולפי דברי הכלל
הזה א"ש הביא דתוספ' דמעש"ב דיש לי יהא מחולל
על סלע דילא ראשון דהאם צריכין אנו לומ' הוברר
הדבר למע' משום דלא יאכל בלתי פדיון אבל הביא
דדינר והנזכו' אין אנו צריכין לקיום ההקדש
למעיקרו ולפי דברי מוהרימ"ט ז"ל לא אשכחנא
פתרי ויראה כמעיין דשאי כללא דאשמועינן הרשב"א
ז"ל אינו אלא לדבר המכור דאינו מבורר ומיוחד
אבל לעולם איכא דעת מקנה ודעת קונה לא כן
היכא דהמתנה או המכירה לאדם שאינו מבורר דליכ'
דעת מקנה ולא דעת קונה מסתברא מילתיה דלא
דמיא להאי כללא דקיי"ל לן הרשב"א ז"ל הנה דהרב
מהרימ"ט ז"ל ס"ל דשקולינהם ובהדא מחתא מחתינהו
מ"מ דעת הר' מח"א ז"ל לחלק ביניהם מעין מאי
דמחלק בתלמודא לדעת ר' מאיר אימור וכו' ולא
דמיא ושפתא א"ש דברי הרב מח"א ז"ל ואין בהם
נפתל ועקש דמאי דכתב הר' בה' צדקה הוא בדין
אדם שאינו מבורר ומאי דכתב הרב בה' זכיה הוא
בדין שאינו מבורר שדבר המכור ואייתי לנת' הרשב"א
ז"ל דכתב בהדיה דלא אכפת לן לפום דינ' והמעיין
לבבו יבין דהלכה הלזו דאין ברירה היא אחת מן
ההלכות העמוקות ויומא כי האידנא הזמן נוגד
לעיין ולחפוש במילתא כדנא ויעו' למהרית"א ז"ל
בקונ' ג"ת הובא בס' נאות יעקב סי' ט"ו דע"א ע"ב
ובספרו הבהיר שמחת יו"ט סי' כ"א ובס' שורשי הים
ח"א קונט' שורש ברירה סי' כ"ג ויעו' לגדול דורינו
בס' חק"ל ח"ב י"ד סי' י"ג יע"ש וע' בס' משה ידבר
ה' זכיה סי' ס"ט ובס' הנ"מ מתם לבר' המו' ח"ק אים
ירוש' למהרח"א בענין נר"ו סי' מ"ו דק"ג ע"ג דכתב
דסברת הרב מהרימ"ט ז"ל דהוי מעיקרו והאריך
בדבר יע"ש ולפי מה שכתבנו אנן בעניותינו אינו
דהוי מעיקרו ויש לו על
מה שיסמוך וכאמור ומאחר דמלינו מערכ' מול מע'
אי אהניית הקנאה למי שאינו מבורר א"כ מלי מע'
המקדיש נר"ו אומר קיי"ל בדעת הפו' ז"ל דלא חלה
ההקנאה כלל ועדין איתיה ברשותיה של המקדיש
דלא נתרוקן וכותיה של המקדיש דהא ליכא הוצאה
מרשות לרשות להאי סברא וגם דליכא כליו של קונה

ועדין איתיה השודר ברשותם של העדי' כאשר היתה
באומנה וכמו שלדלנו למע' דקנין הלו בנ"ד גריעא
טובא

ועוד עלה על דעתי דממקום אחר בטלה
הקנאה הלזו ואינה מועילוהוא דהקנאה
דהקנה ונתחייב מהר"י מזרחי להח"ח הנבררי' בשעת
ההקדש לא היתה אלא ע"י המורשים של המקדיש
דכבר מינה אותם מורשים ומשגיחים על כל נכסיו
לפקח ולהשגיח ולשאת ולתת בנכסי מע' המקדיש
כאדם המקדיש בשלו והילך דברי השטר אל מע' המק'
לפנינו עח"מ בא מע' החר"י מזרחי נר"ו ונתחייב
וכו' חמשים אלף גרו' מנכסיו למע' המורשים שלו
פ' ופ' ולפורעם בש"א ק"ת פנו"ש משופרי שופרי כו'
הן שירלה לגבות מקרקעות
הן מהיידיקי"ש הן ממעו' בעין הכל ברצון המו' נו'
ונ"ך לעשות מפי' הנכסים נז' ככל הכתוב ומפורש
בסימניו שמנה אחת לאחת וכו' וכך א"ל שט"א דנא
וכו' ולקיום כל הנז' קנינו מיד החר"י מזרחי הי"ו
קנמ"ך נתדל"ב כו' והיה זה ביום ד' לח' סיון משנ'
התקל"א וש' ונ' וקיים עכ"ל השטר ומאחר דמפורש
יוצא מהאי שטרא המוז' קתן דהחיוב דנתחייב להק'
הח"א הנבררים והבאים אחריהםהיה ע"י שלוחי
דידיה דמע' המקדיש ויד שליח כיד המשלח א"כ
באנו למאי דתני בברייתא פ"ק דערכין עד שלא באת
ליד הגבאי מותר לשנותה וללוותה אפי' לדבר הרשו'
וכסברת כל הפוסקים ז"ל וכמש"כ הרא"ש ז"ל בפ"ק
דבתרא ד"ח ע"ב וז"ל ותימא כיון דמפקר' מסבאת
ליד הגבאי אסור לשנותה היינו לדבר הרשות א"כ
ריש דקתני עד שלא באת ליד הגבאי מותר לשנות'
ואפי' לדבר הרשות כא אמרי' בפ"ק זו לדקה ואי
אפ' לחזור בו וז"ל דללוותה ע"מ לפרוע קאמר ע"כ
וכן פסקו הטור ומרן י"ד סי' רנ"ט יע"ש וכבר
ידוע מש"כ הרב מהרימ"ט ח"א סי' ס"ג הביא
דבריו הרב כנה"ג ח"מ סי' וב"י"ד סי' רנ"ט הגה"ט
אות ז' וז"ל שת' דהקדיש מעות לישיבה פ' ומינה
לאחנו ע"כ נכסיו ועשאו אפוטרו' על יורשיו ובכלל
מנהו על מעות הקדש להשגיח עליהם לא שייך
למימר ידו כיד העניים דעדין לא יצאו אלו המעות
מרשות הנותן ומרשות יורשיו דיד אפוט' כיד היור'
ובהא ודאי מותר לשנותה וכו' עד שלא בא ליד
הגבאי כו' אלמא לא וכו העניים וכו' יע"ש הרי
דפשיט ליה להרב ז"ל דהיכא דהזכיה להקדש היתה
על ידי המורשה דמינה על נכסיו ומינה נמי לאותו
המורשה לפקח ולהשגיח על מעות דהקדיש לא
אהנייא אותה הזכיה הגם דלדברי ש"מ כו' מאחר
דאלו בריא כה"ג לא מהני דאין כאן הוצאה מרשות
לרשות וא"כ נדון דידן הוי כדמותו כצלמו כנדון הרב
מהרימ"ט ז"ל דליכא זכיה מאחר דעדין ברשותא
דמריה קמא קאי דהיינו מע' מהר"י מזרחי וא"כ
שמי בידיה לשנותה אלא דנעשה עליו נדר משו' בפ"ק
זו לדקה וכבר כתב הטור יו"ד סי' רנ"ח משו' הרא"ש
ז"ל ופסקה מרן בש"ע שם סעי' ו' וז"ל הנודר לצדק'
אינו יכול לחזור בו אלא א"כ נשאל לחכם והתיר לו
ע"כ הכי הוה המעשה בנ"ד דמע' מהר"י מזרחי
נשאל על נדרו בהיותו בירוש' תוב"ב ובא במכתב
דשלחו

לשלוחו מכתב להכא רבני ירוש' תוב"ב ועילא מנהון הרב החסיד מהרה"א גאגין נר"ו וז"ל הרבנים הע"א נקילו'ומע'הר'מהר"י מזרחי נר"ו עמד והאל על נדרו ע"כ מה שכתוב בפנקס ההקדש נו' כדי להנצל מחומר נדרו ומילתא כדנא שרי ליה מארי בלי ס' בענור דאיןבדעתהו לחזור ממה שעלה בדעתו להפריש מנכסיו להקדש הנז' של ת"ה ולשאר הקדשות הכתובים בפנקס ההקדש נו' כי אם מגמתו להיות מוקדשים לשמים ב"ן ולשנוחם מהו"ל אל הקודש פה עיר הקודש ירו' תוב"ב ומה עשה דנא נכדו מהו"ל ערום ויחף ונפשו חשקה בתורה כל כי האי מילתא עלתה הסכמתינו עמו דהדין עמו ורשאי ושליט לבנות בלי שום פקפוק בנדון כזה וגם מכלכל דבריו במש' שלא הוציא נדר מפיו כי אם ע"י כהב דהניח ביד המוכר שלו והם העתיקו אותו מכח"י בלתי הוצאה מפיו כו' ועל הדין ועל ההתום באנו ע"הח פעה"ק ירוש' תוב"ב בשל הי ת' אדר הראשון משנת הת"ר ושלם עכ"ל האגרת התומה ניתנה מאת רבני ירוש' השלוחה אלי מהתם להכא והרואה יראה בהני ספרי דבי רב דשקלו וטרו במלתא כדנא דכל שינוי דהוא לעילויא כמי בידיה של מקדיש יע"ש וק"ו בהקדש דנ"ד דאין כאן שינוי בגוף ההקדש כלל אלא במקומו' וכמו שכתבו גדולי ההרו' ז"ל ויעווין לכר' החבי"ב ז"ל בתשו' חי"ד סי' ר"ך מה שהאריך וקנקןכמנהגו הטוב וכבר ראיתי למהר"י נאב'ארו בס' לב מבין ה' מתנות עניים דק"ב דנשא ונתן הרב ז"ל בענין זה את זה נשאתי ונתתי בענין זה נקילור נמרץ כהותה על הגהלים פעמים ברמשא פעתים בצפרא ומגי"ר נר"ו רב חיליה לברר ולבנן הענין כיד ה' הטובה עליו

הצעיר

אליעזר די טולידו ס"ט

סימן קכט

את זה שלחתי תשובה לענין הנז"ל של מולכם להח' השל' הרב ועלוס כמה"ר יצחק הלוי נר"ו

מי לנו גדול פוס ממלל רברבן פה מפיק מרגליו' רב גובריה ורב חיליה הסדאין מילוהי דברים המצודקים הן לדקניות הן חכמניות ◦ מי כמוהו מורה כל הדבר הקשה נבדי כנש"י והיה בעלמ"ה פתח לה כפתחו פתיהתא דהכימי הלכה ברור' אגמרא בסימנים כל חיך בטעמו מתוק לפיות ◦ פהל יצחק ימרהו ועליו יציץ שלשה המה מטיבי יחדיו ידבקו כמא דהיי ובני סמיכי ובהיכלו כל הון יקר ונעים אבנים טובו'ומרגליות ◦ ה"ה הח' הש' הדה"ת הרב ועלוס כמוה"ר יצחק הלוי נר"ו יאיר כשמש ברוש הומיות

עוד המדברי"ה מרוש מקדמי לשון מדברת היא אמרת בשלמא שלמי'וכן רבים וצי'לה גם היא מצי"ל אני בן לדיק בארץ ישול"ם שלם בגופו שלם בתורתו כירח יכון עולם ואנכי הרואה כתבו הבהי"ר מראות אלהים אשר כוננו ידיו גליל אצבעו' דן ידין על מעשם שהיה כנז' בדברי קדשו וכשאני בעצמי אמרתי אני אל לבי ואתה בנאדם שלא ידך לקרות את הקריאה ולכתוב שורותים דלאו כל מוחא סביל דא ושמעתתא בעי'צלותא ובאתר דזקוקין לנורא מאן מעייל ברס ואת אשיב אל לבי ושעפי ישיבו' שאי סביב עיניך וראה והנה היא גזירה עומדת לפניך שיחתו קלה היא גופא גזירה כל קבל דנא שמוע שמעתי ונטיתי לבי לעשות כאשר פקד עלי ודברי לא הכלא

וזה החלי פתח דברו יאיר שרטט וכת'ואוןוחקר שלושה ראשים ועל כל ראש תלא עליה מלא צנא דלובשא ירויון מדשן צוף דבש אמריו כלהו אית להו טעם העיקר לאו וראו דברים ככתנן ◦

ואנא דאמרי ומלי דברי בו הוא ההולך קדמה על האופן השני דאם באים הסוחר הערל והסרסור לפנינו לדין עם רו"ש שלוחו והגוי שקבל עליו לדון בדיני ישר' וכו'מ"מ ודאי דיוכלו רו"ש להיפטר בטענ'קי"ל כמ"ד דב' מסופקי'בפרעון דפטור וה"נ כיון דגם הסוחר והלוה מסופקים פטור מלשלם ואף דטענת הסרסור טע"ב לא מהני טענתו נגד רו"ש דמצו למימר לאו בע"ד וכו' אם לא שבא בהרשאה של הסוחר כו'דאז ודאי שהיה נפרע הסרסו' מר' דהוי בריא בחיובא ובריא שלא נפרע וכו' אלו דבריו נר"ו

ומי יאן ידעתי ודאו של אדוני נר"ו דפשיט ליה דמלי הסרסור אם בא יבא בהרשאת הסוחר לאפוקי ממונא מיד הלוה דלכל כי האי צריך אני למודע"י דהא כתב הרמב"ם ז"ל פ"ג משלוחין דע"כ לא תקנו הגאונים תקנת הרשאה אלא דוקא במע"פ דלא כפריה דאיתיה בידיה דלוה אבל במ' ע"פ דכפריה לא מהני הרשאה יע"ש ואף דכבר כת' הרא"ש ופסקו הכי הטור ומרן דעכשיו נהגו לכתו' הרשאה אף במע"פ דכפריה היינו משום טעמא שלא יהא כל אחד ואחד נוטל ממונו של חבירו והאי טעמא לא שייך גבי גוי ומלבד דהכי מסתברא יגיל עליו דהא כתב הר"ב בא"ן שם פ' מרובה משם התוס' והרא"ב"ד דהי היכי דגבי הנפרע שלא בפניו אמרו בפ' הכותב האי טעמא שלא יהא כו' גם גבי הרשאה שייך האי טעמא יע"ש ובהא דפרעון דשלא בפני הלוה לגבי מלוה גוי ליכא האי תקנה וכמ"ש הרב המבי"ט ח"א סי' רפ"ע בפשיטות ודייק לה מדנקטו רז"ל לשון חברו והכי פשיט ליה לה' עדות ביהוסף ח"א סי' כ"ג א"כ אף אנן נמי כמו כן גבי תקנת הרשאה במלוה גוי ושקולים הם

והגם דמצינו דנקטו רז"ל חברו בלשונם אף לגבי גוי וכמו ששנינו בפ' שואל לא יאמר אדםלחברו לשכור לו פועלים ומוקי לה תלמודא בגוי אשר מטעם זה דאו התוס' דברי רש"י בסוכה דע"ל והשתא ומה מצינו דנקטו הכמים לישנא דחברו ביהוד לגוי בלתי כללות ישר' כ"ש כד נקטו הז"ל לשון חברו בכללות ומעתה מנ"ל לדיוקי דבא האי לישנא למעוטי גוי דיש לדחות דאיןהכרח כ"כ מסוגיא זו דעדיפ' מיניה קפריך רב אשי דלא אפשר לאוקמי הכי מכה דינא וא"ה דהוה מלי לאקשויי לישנא דחברו ובהכי נחה שקטה קושיית התוס' ע"ד רש"י וכמ"ש מהר"ס ן' חביב ז"ל

ואיברא

ואיברא דאין להביא ראיה לזה דכל תקנס שמתקנין חז"ל דאין בכלל תקנתם גוי מאותה שאמרו פ' הגוזל דל"ו ע"א בעי רבא השביחה נכרי מהו מתקיף לה ר"א מדפתי לרבינא תנקות ניקום ונעביד וכו' משמע לכאורה דהגם דהאי תקנה לאו תקנה ביחוד בעד גוי והיה אפ' למימר דלא חלקו הכמים בתקנתם בין גזלן ישר' ובין גזלן גוי עכ"ז לא ניחא ליה לתלמו' לומר דנכלול נכרי בכלל תקנת ישר' אלא פשיטא דלא חייסי חז"ל בתקנת גוי אפי' נצירוף תקנת ישר' ומינה נלמוד לכאורה לאתי תקנת הרשאה דלא חשו חלמים בתקנת נכרי להציל ממונו דרב המרחק דלעולם אימא לך דגבי הרשאה וכיולא נימא דאיתיה נכרי בכלל התקנ' וטעמא לאו משום שיבותיה דנכרי הוא אלא משום תקנת ישראל שלא תנעול דלת כו' וכמ"ש ז"ל בהביא דשלא בפניו הגם דגוי זה איכא כרוחה לנכרי מ"מ כל דאיכא רוחה לישר' איתה בכלל התקנה לא כן בהביא דהגוזל דכל עיקר תקנתם אינו אלא משום תקנת השבים עצמם כדי שלא יחזיקו ברשעם מש"ה פשיטא ליה לתלמודא דלא חשו חז"ל בתקנת נכרי אפי' בכללות ישראל

והנה אחר החיפוש מלאתי לה' מהרימ"ט ח"מ סי' נ"א דכתב דהתקנה דתקנו חז"ל דמע"פ לא טרפא ממשעבדי אע"ג דשעבודא דאורייתא מסתמא אחד ישראל וא' גוי שוין דכיון דעבדו רבנן תקנה לא פלוג רבנן בתקנתם בין ישר' לגוי אבל במ'בשטר דלא תקון גבי ישר' לא אכפול רבנן למעבד תקנתא לגבי גוי בפני עצמו כדאמרגבי שכה ע"כ , והנה למדנו מוהרימ"ט ז"ל דכל דתקון גבי ישר' לא פלגו רבנן בתקנתם בין ישר' לגוי אמנם היכא דלא תקון גבי ישר' כגון מלוה בשטר הו אפ' היכא דתקון גבי ישר' כל היכא דטעם ותקנה לא שייך גבי גוי כהביא דגזלן נכל כי האי נאמר תקנתא לגוי ניקו'ונעביד וא"כ מינה יש ללמוד להקנת הרשאה וכיולא דמסתמא לא חלקו בתקנתם ואהד ישראל ואחד גוי במשמע דומיא לתקנתם של מע"פ דעקרו רבנן זכייתו של ב"ח דאית ליה מה"ת

ואיברא דענין זה אי שייך גבי גוי תקנת חז"ל דמתקנין הכמים מעלה ארוכה ולא עת האסף פה מ"מ למאי דאחן עלה ראתה עיני דכבר בא הדבר מפורש בתשו' מהר"י אדרבי סי' ש"א רמזו הרב כנה"ג הגה"ט אות ל"א דכתב בהדיא דהרשאה דמ' גוי מאחר דאינו אלא מכח תקנה שלא יהא כו' ודאי דלא נעשית התקנה להציל ממונו של גוי דממון הפרו קאמרי כו'ונעמיד הדבר על דין תורה וכו' דתרוייהו איתנכו דאין שליחות לגוי וגם מן הדין אינו יכול להקנות דשב"ל יע"ש , הרי בהדיא כמ"ש דגבי גוי מלוה המרשה לא תקנו ודייק לה מלישנא דחב'

ואפ' דהא כתב שם הרב דלדע' מ"ה ר"ת ז"ל דהיה רול' לשלוח הרשאה ביד גוי ה"ה והוא הטעם נמי בגוי המרשה דמהני ולא אשכח מקו' פטור לב"ד אלא מטע'דהים רבית והוא מחנה דהוה באונס יע"ש הרי דפשיטא ליה דלדעת ר"ת ז"ל לא דייקי'ליסנ'דחברו והתקנ'היא'כוללת בין'ישר'ובין גוי

וא"כ בנ"ד דהוא הוא מלי גוי להרשות לישר' דלא ל"ד לנ"ד דהא דהרב לא אשכח מקום פטור לנ"ד משום דהוה מלוה דלא כפריה דהלוה לא היה מעכב בפרעון אלא הרבית לא כן בנ"ד גם מהרש"ך ח"א סי' ק"ז דרמזו שם הרב כנה"ג הגם דמשמע דפשיטא ליה דלא דייקינן ליסנא דחברו ולדעת ר"ת ז"ל מלי גוי להרשות ליסר' מ"מ כתב וז"ל מאחר דענין ההרשאה לא הוי מדינא אלא מפני התקנה אפי' אם לא נחלק מגוי ליש' מ"מ די לנו כמ"ש הגאונים אפי' בהרשאת ישראל דאם לא ירלה הנתבע לדון עמו אין כופין אותו א"כ בנ"ד נמי פשיטא דמלי הנתבע לדחו' את המורשה של גוי יע"ש

גם אהרשד"ם ס"ל הכי דאף במרשה ישראל מלי לדחותו למורשה כמ"ש הגאונים ז"ל על אכו"כ מורשה מן הגוי יע"ש , גם מהריק"ש שם פסק דהרשאתו של גוי יכול הנתבע שלא לדון עמו ואף גם זאת ה' כנה"ג בתשו' ח"ב סי' ע"ה הנם דנדון הרב היה מ'בשטר פסק מאחר דכמה מרבוותא דסברי דהגאוני' ז"ל עלמם לא אמרוה אלא לאיים על הנתבע אם ירלה לדון עם המורשה וכו' ומלי המוחזק לומר קי"ל יע"ש וא"כ גם בנ"ד אף דנאמר דלדעת הרא"ש דעכשיו נהגו להרשות אפ' במע"פ דכפריה נאמר דאף במלוה דגוי איתיה בכלל התקנה מ"מ הא כתב הכנה"ג דמלי הלוה למימר ולדחויי למורשה לאו בע"ד וכו' מטעם קי"ל

וכ"ש אימא הרי כתב הרב מהרימ"ט ח"מ סי' י"ז רמזו הכנה"ג שם הות ב'דליתא להאי פרוש'דפרשו מהרשד"ם ומהר"י אדרבי דכונת הגאוני' לא היתה אלא לאיים ואם ירלה מלי לדחויי וכו'ועוד דהלכה זו רווחת ביסר' שכל בתי דינין דנים ובאין לכוף את הלוה והו"ל כאותה שאמרו כל מקום שהלכ' רופפת בידך ראה מה נוהגים יע"ש אף לדברי ה' מהרימ"ט לא מכרעא לנ"ד דהר' ז"ל לא מיירי במע"פ דכפריה ועוד דמי לנו נקי בהורתו של מהרימ"ט כתלמידו ה' החבי"ב דזה דרכו כל הימים לקיים דברי רבו ז"ל ועכ"ז בהאי דינא דהרשאה לא הש להאי מנהגא דהעיד ה' מהרימ"ט רבו ופסק דמלי למימר קי"ל ושם בתשו' סי' נ'ן הגם דהביא דברי רבו ז"ל עכ"ז אסף איש עכור להקה גדולי האחרונים ז"ל דסברי דמלי לומר קי"ל ומלי לדחויי דלאו בע"ל וכן פסק בס' ידיו של משה למורינו הרב ז"ל יע"ש בח"מ סי' כ"ל

ומעתה אותה תשו' הרשב"א דהביא הרב המבי"ט ח"א סי' קמ"ה משם לרור הכסף ורמוה ה' כנה"ג סי' קפ"ח הגה"ט היכול ישר' להיות שליח לגוי לתבוע מישר' מה שחייב לגוי יע"ש ופרש'הכנה"ג דס"ל להרשב"א דכי היכי דתקנו הרשא' גבי מלוה ישר' שלא יהא כל אחד ואחד כו' כמו כן נמי יכול הגוי להרשות לישר' כסברת מהרש"ך ומהר"י אדרבי יע"ש לא מכרעא תשו'זו לנ"ד דדילמא תשו' זו לא מיירי במע"פ דכפריה ועוד דהא הרשב"א בחי'לשבועות והביא דבריו ה'מהרימ"ט שם דבמע"פ לא מהני הרשאה ולא תקנו אלא בשטר יע"ש בדברי הריטב"א

ועוד

ועוד דאפשר לצדד דדילמא כונת הרשב"א לשלול דלא תימא דאיכא איסורא גבי מורשה ישר' לדחוקי לישראל חבריה וכסבר' מהרשד"ם ז"ל הביא דבריו הכנה"ג אות ל"ו דלהיות מורשה מן הגוי אסור אפי' הגוי במדינה אחת והתובע במדי' אחרת ושם כתב ה' כנה"ג בכך דעתו נוטה יע"ש ובהאי פרושא הכתבנו א"ש לישנא דיכול ׃

הכלל העולה שוה שכתבנו דבהרשאה דנ"ד דעתי נוטה דיש לדון דלא מהניא מידי ומאי דאונן לדרויי ליה לסרסור נאמרו לאו בעל דברים וכו'

ולענין השבוע' אי מלי לאשבועי כתב מני"ר נר"ו והסכים לדינא דדמיא לסברת רבוותא ז"ל דסברי דכל היכא דיש הכחשה בין הלוה שליח המלוה וכו' ולדעת רובא דרבוותא צריך הלוה לישבע היסת משום דמצרפין טענת המלוה עם טענת השליח וכו' ונכי הא כ"ע מודים דצריך לישבע אלו דבריו נר"ו

וכשאני לעצמי יש לדון לכאורה בנ"ד דראו' פטור אפי' מש' דהנה הרמב"ם ז"ל פ"ד מטוען דין ה' כתב דגוי שהחזיק כמה שנים וכו' תחזור השדה לבעלים בלי שום שבועה שלא תקנו היסת אלא לישר' ע"כ מתברר ממשמעות דברי הרמב"ם הללו דמאחר דשבועת היסת ליתא אלא מט' תקנה דמדין תורה פטור הלוה מבו"ה בתובע ישר' הוא דתקון אבל לא לגבי גוי תובע ולפום האי טעמא ספיר פטרינן ליה לראובן בנ"ד מאחר דתובע גוי ברם האחרונים ז"ל כתבו דטעמא דאין נשבעים ע"ט גוי משום דאשר פיהם דבר שוא כתי' ואינו אלא טענ' שמא ולפום האי טעמא דאשר פיהם ׃ לכאורה בנ"ד משביעינן ליה לר' אף דהתובע הוא גוי משום דאיכא לצדד ולומר דלא שייך האי טעמ' היכא דלאו מפיו של גוי אנו חיים אלא אפומא כ"ש דקא מסייע ליה לגוי דהאמת אתו דלא קבל הגוי כטענין לוה ׃ ולדעתי הוה אפשר לצדד דנ"מ בין הני תרי טעמי לשבועה דמ"מ דאי מטעם התקנה אתינן עלה הא אינא בשבועת היסת דמאחר דהישר' פטור מה"ת בטענתיה לא תקנו אלא בתובע ישראל אבל בתובע גוי לא תקנו ברשהיכא דקא מודה הישר' במקצת וכה"ג בישר' תובע לא אתי עליה דנתבע מכח התקנה הוה אפשר דאף בתובע גוי והישר' מ"מ משביעינן ליה ברם לטעמא דאשר פיהם וכו' ואין טענתו אלא טענת שמא ל"ש שבועת התורה ול"ש היסת לא משביעינן דהא אין כאן תובע ויעויין לה' כמ"ח דקמ"ז ע"ג דכתב דהרמב"ם ומהר"ם חלוקים בטעמם דלדעת הרמב"ם הוא משום דהיסת לא תקנו גבי גוי ולדעת מהר"ם הוא משום דטע' גוי הוא טע"ש יע"ש ׃

ואיברא דאף לטעם התקנה יש לצדד דהיא היא דהא עיקר הטעם של תקנת חז"ל אינו אלא משום דחזינא דחזקה דאין אדם תובע וכו' והאי חזקה לא שייכא גבי גוי והכי משמע דהני תרי טעמי למקור אחד אזלו ולא מפליגינן בדינ' ול"ש היסת ול"ש שבו' דמ"מ לא משביענן עפ"י טענת גוי וכמ"ש ז"ל ה"ה דלא מצינו בגמרא בשום מקום היסת ולא שבועה אחרת וכמ"ש ה' פמ"א שם ומאי דמשמע לן מריהטא דסוגיא דפ' הגוזל בתרא דקי"ל ע"א דגוי דקא תבע לישראל והלה כופר והביא הגוי ע"א לדון בפנינו דמחייבינן ליה לישר' שבוע' התורה יע"ש ולכא הפוסקים ז"ל דלא חייבה התורה שבועה אפומא דחד סהדא אם לא דוקא בהצטרף טענת' שיהיה התובע טוען בריא וא"כ אף אם נאמר דטענת גוי טע"ש הוא משביענן משום דע"כ לא אמרוה אלא היכא דריע טענתיה מצד עצמה דתובע גופיה דקא תבע לא ידע בנפשיה אמנם היכא דקא טעין התובע טע"ב הגם שהוא גוי מאחר דלאו מפיו אנו חיים אלא איכא דמסייע ספיר משביעינן ליה לישר' וא"כ נאמר לכאורה בנ"ד דספיר מחייבינן ליה לר' היסת ע"פ צרוף דהיינו טענת הגוי וטענת הסרסור וכמ"ש מני"ר נר"ו

מכל מקום אף בזה יש לדון דפטור ראובן בנ"ד ולא מהנייא צרופו של גוי ומנא אמינא לה מאותה תשובה דהרשב"ש בסי' תנ"ט דכת' דע"כ לא תקנו הראשו' דמטעם צרוף משביעינן היינו דוקא במ' ישר' אמנם במ' גוי מאחר דאין בדבריו ממש דאשר פיהם כתיב הו"ל גוי כמאן דליתיה וכבר כתבו דכל דליתיה א' מהם ליכא שבועה יע"ש הרי נהדיא דהגם דלאו מפיו אנו חיים כי היכי דניתא דליכא למסמך אדבוריה של גוי עכ"ו פטור מינה לנ"ד דטע' דרבוותא דמחייבי שבועה ללוה אינו אלא מטעם צרוף דמצרפין טענת שליח בהדי טענת המשלח והוי טענת המשלח טע"ב ובגוי מאחר דליכא למסמך אדבוריה היכא דטעין ברייא כשהוא בלתי צרוף כמו כן היכא דאיכא נמי דקא מסייע ליה לגוי טענת ישר' לא מהני מידי אותו צירוף ואותה שכתבנו מההיא דהגוזל היינו משום דעדות שאני דאין כאן נוגע

ובי תימא הרי כתב הרשב"א בתשו' ח"ב סי' קנ"א הביאה מרן סי' קפ"ה דראובן שמסר ביד ש' משכון שימשכנוהו ומשכנו ביד גוי כו' דינא הוא דאם הגוי כופר וטוען דלא קבל כלום אף דטענת ר' טע"ש היא מ"מ מצרפין ר' עם טענת גוי כדין חנוני וכו' ומשביעו לש' יע"ש

הרי דיש ללמוד מדברי הרשב"א לפום פשטן דאף דדברי גוי שוא וכזב היינו דוקא להשביעו אפומייהו בלחוד אבל בצירוף ישר' איכא שבוע' יע"ש והכי מתברר מת' הרדב"ז הדפוס ח"א סי' ת"ן רמזו מהר"ח תודעי בתשובת הגאונים ז"ל שע"ד ה"ה ס"ס יו"ד ואע"ג דה' מגיד מראשית ח"ב די"ב ע"ד פריך עליה דהרשב"א וכו' מ"מ ניחא ליה דבצרוף ישר' ספיר קא משבע

והכי מתברר מתשו' מהר"ם גאלנטי סי' יו"ד דספיר איכא לאשבועי' בצרוף גוי והגם דה' זרע אברהם י"ד דל"ד ע"ב מקהי אקהייתא ע"ל מהר"ם גאלאנטי דלא ידע מה מקום לשבועה זו דהא ר' לא ידע אי יהיב רביתא לגוי או לא אלא עפ"י טענתן של גוי שאומר שלא לקח כלום א"כ אינו טענת ודאי אלא טע"ש

וכבר

וכבר ידוע דאשר פיהסלוהו טע"ש וכ"כ ה"ה וכו' דכל שבא מחמת גוי ליכא שבו' וכו' ודברי מהרמ"ג לא נתבררו אצלי כלל ע"כ וברוא' יר' דדברי מהרמ"ג הן הנה דברי הרשב"א ז"ל דמאחר דר"ק טעינה שלקחה מידי הנה הואבידך אפדהוי טע"ש מ"מ מצרפין וכסברת הרשב"א ז"ל והרדב"ז ול"ד להיכא דבא מחמת גוי שכת"ה"ם דלא משבעינן דהתם ליכא טעמא דצרוף מאחר דהישר' הבא מחמת גוי לא מצי טעין משרתי בידך אשר מהאי טעמא כתבו הראשונים האי טעמא דצרוף יע"ש

ואיברא דראיתי להש"ך סי' קמ"ט ס"ק י"ג דכתב דמתשו' הרשב"א משמע להדיא דחשבינן טענת גוי ברי"א יע"ש ° גם ה' בני יעקב דר"ל ע"א הצריך עיון תשו' הרשב"א הלזו עם דברי ה"ה וה' כנה"ג יע"ש ולפי דבריהם הרשב"א קאי בשיטת תשו' הגאונים ז"ל דרמזו ה' מט"ש שם סי' ע"ה ולא משמע הכי כמו שיראה המעיין בהני ספרי דבי רב ואיך שיהיה תשו' הרשב"א והרדב"ז ומהר"ש גאלאנטי ז"ל לכאורה עומדים לנגדנו לנ"ד דיש ללמוד דספיר משביעי' ליה לר' מטעם צרוף אף דהמלוה הוא גוי וכמ"ש מני"ר

אף אמנם הרואה יראה דלא מכרעה תשוב' הרשב"א ודעימיה לנ"ד דע"כ לא אמרוה אלא דוקא היכא דחיוב השבו' לא קא מהדר אלא ליש' דהוא קא תבע ליה ממונא ומש"ה אפ' לומר דקיי"ל להרשב"א ז"ל דנמלאת כדנא איתיה לתקנת חז"ל ומהניא טענתו של גוי לצרף בהדי טענ' המשלח דלהוי טע"ב מאחר דאין המשביעו גוי אלא ישר' אמנם היכא דקא תבע גוי דנמצא דהשבועה קא מהדר על תביעת גוי כל כה"ג משתברא דליכא למימר טעמ' דצרו' אבל לפסקו של הרשב"ש הא ודאי דפליג ליה הרשב"א דהא התם השבו' קא מהדר על ישר' דהוא קא תבע ואיכא למי' טעמא דצרוף לפי דעת הרשב"א ז"ל נמצינו למדים דאין תשו' הרשב"א והרדב"ז ומהר"ש גאלאנטי מנגדת לנ"ד לחייב לר' שבועה בהצטר' טענ' הסרסור עם טענתו של גוי אלא ראו' הוא תשו' וכפסקו של הרשב"ש דלא דיינינן דין צרוף במלוה גוי

באופן בין אי תפסינן דברי הרמב"ם כפשטיה דבגוי לא תקנו היסת ובין אסנאמר דטעמ' משום אשר פיהם לא מכרעה לנ"ד דלחייביה לר' שבו' משום דלאו מפיו של גוי אנו חיים ומטעם צרו' והנה היה כתוב אצלי על האי דינא אי משבי' ע"פ טענ' גוי לשון הרב העיטור דס"ו ע"א וז"ל וקטן תובע וגזלן לא משבעי' הבריה אטענתיה בשבו' היסת דלא מצי אפיכא ע"כ הנה יש ללמוד מדברי הרי"ב העיטו' דס"ל דעיקר תקנתם של חז"ל בהיסת לא היתה אלא היכא דישנה תחת האפשרות דמצי הנתבע לאפוכא על התובע ומש"ה היכא דהתובע הוא קטן או גזלן פטור דהא ליתיה בכלל שתקנה מינה נלמוד דתובע גוי מישראל מאחר דאין הנתבע ישר' מצי לאפוכא ליתיה בכלל תקנתם ואין כאן שבועה כלל

הגם דאיכא חולקים על טעמו של הר' העיטו' יעו' להרמב"ם פ"ב מטוען דין ה' וכמ"ש ה"ה שם מ"מ שמעי' דמסקנת הרב העיטור דעיקר תקנת חז"ל כך היתה ומינה לנ"ד ודרך אגב ראיתי למהרש"ך ח"ב סי' ק"נ רמזו הכנה"ג סי' הכ' על גוי שהוציא שטר חוב על ישראל וטען הלוה דפרע ס"מ והגוי מודה לו במקצת וחזר הגוי ומכר חובו לישראל ובא הלוקח להשביעו ללוה והשיב וז"ל דהנה כבר ידענו דבדין משוה הפוגם שטרו איכא פלוגתא דרבוותא' דהרמב"ם ס"ל דהלוה נשבע היסת ונפטר והראב"ד ס"ל שהמ' נוטל בלא שבועה כו' ומצי המוחזק לו' קיי"ל כת"ד דנשבע היסת ונפטר יע"ש

ולכאורה י"ל דמאחר דהשריש לנו הרמב"ם פי"ד מטוען דכשם דאם בא לדון עם ישראל פטרינן ליה לישראל דלא תקנו הים' בתובע גוי כמו כן נמי אם בא ישראל מחמת גוי דלא משבעינן ליה אף דהתובע הוא ישראל א"כ הכא נמי לכאורה מאחר דאם היה הגוי בא לדון עם הלוה היינו פוטרין את הלוה משום שלא תקנו היסת בגוי תובע מינה נמי היכא דבא הלוקח מחמת גוי אף דהוא ישראל ומצי המוחזק לו' תרי קיי"ל

ואפשר דס"ל למהרש"ך דע"כ לא אמרוה אלא דוק' היכא דקא תבע הגוי בע"פ דמצד הדין פטור הלוה אלא מטעם שתקנה אתי עליה התובע להשביעו משום הוקה ובנכרי דלא שייך הוקה לא תקינו אמנם היכא דקא מפיק הגוי שטר' דמצד הדין גובה המלוה בלא שבו' אף דפוגמו אלא דרמו רבנן שבו' למלוה ויטול היכא דהוא גוי ושטר' מסייע' ליה דיינו לגרוע כחו שישבע הלוה היסת ויפטר וזהו אפשר להליץ בעד דברי מהרש"ך הכלל העולה לכאו' כפי מ"ש דיש לדון בנ"ד דל"ש בא הסרסור בהרשאתו של הגוי ול"ש בא הסוחר עם הסרסור בכל גוונא פטרינן ליה לר' וכמדובר

ומעתה אלכה לי מ"ש מני"ר אופן הג' דאם הסוחר פטר לר' ושמשום דקיי"ל בגוייהו דגברי מהימני וע"ז רוצה לחזור על הסרסור ליפרע ממנו במשלם והסרסור בא לתבוע מר' נראה דהסרסור מצי לאשתעויי דינא בהדי דר' וא"ל הרשא' ול"מ למימר להו בע"ד דכיון דהסוחר חוזר ונפרע ממנו חשיב ספיר בע"ד דידיה ודמי לאותה שאמרו פ"ק דקמא ר' שמכר שדה לש' כו' באופן דיש לדון ולומר דהסרסור משתעי דינא בהדי דר' ונפרע ממנו כיון לגבי הסרסור הוי ברי"א בחיובא וש' בחזרה א"ד נר"ו

ולפי קוצר דעתי לא מכרעה האי סברה ויש לדון דראובן פטיר ועטיר מטעם הסרסור ואין כח ביד הסרסור לאפוקי מיניה דר' דמלבד דאין ראיה מן התלמוד דמשום תרעומת משתעי דינא דהתם ה"ט דהוי לאוקומיה השדה בידיה דלוקח ספיר די לן האי טעמא ועילה כל דהו דזה כלל גדול כדי לגרוע כחו של מוציא ברשב"ד מאחר דהגוי דהפסדו של יהודה הוי שלא כדין וכמ"ש מני"ר א"כ מנ"ל דלא מצי למימר ר' לסרסור לאו בע"ד ואם הערל גזל ממך מאי אית לך גבאי ואת ועוד אהרת דצריך אני למודעי דלו יהיה דחשיב בע"ד היינו לאשנויי

לאשמועי אבל לתשלומין לא דהיכי חשיב ליה מני"ר לר' דכ' לגבי הסרסור נראה בחיובא וס' בחזרה מאחר דמצי ר' לטעון נגד הסרסור אם האמת אתו של ש' שמסר לידך כל מה שמסרתי לידו דהיינו סך שני אלפים בשלמות נמצא דאתה מחזיר את הגזלה ומתה שקבלת מיד שלוחי אתה פורע לערל ומעולם לא הל שום חיוב דידעלי ואם שאמת אהך ואמת יהנה פיך שלא קבלת הסך ב' אלפים בשלמו' ושלוחי ס' הוא דעויה ומשלך אתה פורע לסוחר בהדי ונמצא דמעתה ומעכשיו הלה חיוב ושעבודך עלי וא"כ היכי השו'את עלי בע"ד לעיקר החוב שלא היה עליך מעיק' אלא על האחרים ובצירוף חיובא של גוי וטענת' אתה בא עלי ומאחר דס' של ר' הוי בעיקרו של חיוב' ודאי דפטרינן ליה לר' מתביעת הסרסור אלא דקא משתבע ליה שאינו יודע ויפטר

המורם מכל האמור והם ג' אופנים אופן הא' דאם הגוי פטר לר' משום דקי"ל דאנים מהמנא הוא ורוצה להזור על הסרסור והסרסו' בא לדון עם ר' יש לדון בזה דפטרינן לר' מתביעת הסרסור דהוי ס' בחיובא אלא ישבע שאינו יודע ויפטר האופן הב' אם בא יבא הגוי לדון בדיני ישר' לענין תשלומין לכאורה משמע דפטרינן ליה לר' מתביעתו של גוי מאחר דהניהם מסופקים מטעם קי"ל וכמ"ש מני"ר ואף גם זאת אם הגוי קא תבע מניה דר' שרוצה לאשביעו יש לדון דפטור ר' משבוע' ונ"ד למ"ש הראשונים דבגוי מלוה לא נאמר האי דינ' דצרוף וכמו שפסק כן בהדיא הרשב"ם ז"ל.

ואיברא דראיתי למני"ר דהצריכה עיון משו' הרשב"ם הלזו במ"ש דכיון דהמ' גוי ואין שליחות לגוי א"כ הו"ל זה השליח שלוחו של לוה וכאלו לא שלחו הגוי דמי וכיון דהוי שלוחו של הלוה נשבע השליח כדין הגוני כו' ע"כ ועל זה תמה מני"ר דהרי כתבו הראשוני' דהאומר חוב שיש לי בידך שלחהו לי ביד גזי אם רצה לשולחו ע"י גוי ש"ד ואע"ג דאין שליחות לגוי דכיון דאמר כו' ודלא כהרמב"ן דהצריך שיאמר לו והפטר כו' א"ד נר"ו

ובשאני לעצמי כדי שלא יהיו דברי הרשב"ם מוקשים יש לי ליישב אי ניחא קמי' דמר דהא כתב הרמב"ן משם ר' גרשו' ז"ל הביא דבריו הר"ב התרומות שער מ"ו ה"ד סי' יו"ד דרל"ה ע"ד וז"ל דגוי שאמר לישראל לוה לי מעות מישר' בריבית מותר דאע"ג דאין שליחות לגוי מ"מ ישראל המ' חשיב ליה כאלו עושהו שליח שילוה לו מעותיו לגוי כו' ויש שליחות לישר' ע"כ וכ"כ ראב"ן בדל"ג ע"ג

הנה מתברר מדבריהם דבמילתא דשליחות דעושה הגוי מאחר דליכא אלא בשליחו' הגוי הלה השליחות וממשמשת והולכת בדוכת' דשייך דהיינו שישראל מאחר דגברא בר שליחות הוא ואף ע"ג דאין כאן שום מנוי בשליחות בהדיא ולא עלה בפתיו של ישראל במלוה שיהיה זה שלוחו דוקא ולא שלוחו של גוי עכ"ז מהני ומה"ט מסולק הוא איסור רבית והיינו הביא דהרשב"ם לא כן היכא דגברא דהיינו השליח לאו בר שליחות כגון גוי וכיוצא דלא שייכי בו שליחות אין כאן אופן השליחות דלהיכן נרמיה מאחר דהמשלח והכנגדו ב' ישראלים הלכך פטרינן ליה ללוה מטעם דהו"ל כאומר זרוק חובי והפטר ומסתייעא האי פירוש' דלאיבנא כדברי הרשב"ם דהא הרשב"ם גופיה בסימן קמ"ח פסק בתי שהיה פקדון ביד הברו וא"ל שלח לי ע"י גוי והגוי שלח בו יד פטור מאחר דא"ל שלח ע"י גוי יע"ש הרי דפשיט' ליה להרשב"ם כשיטת הראשונים דלא בעינן שיאמר לו והפטר דוקא ובלתי זה לא מפטר וכשי' הרמב"ן ז"ל אלא משמע לכאורה כמ"ש דהתם בסי' קמ"ח מאחר דשניהם ישראל א"כ הו"ל כאומר זרוק כו' כשיטת הראשונים ברם הביא דסי' תכ"ט הכי דאין שליחות לגוי מ"מ הא איכא גברא בר שליחות א"כ אל השליחו' לגברא דשייך דהיינו הלוה

והגם דלכאורה יש לדקדק דאף דאין שליחות לגוי מ"מ מאחר דהלוה ע"פ דבורו ומאמ' של הגוי הוציא ממונו מתח' ידו ומסרו בידי דאחריני דין גרמא ליה לר' פטור מיניה דגוי והיכי תלה הרשב"ם דהיכא דליכא שליחו' ולא זכה הגוי בו מנה דהלוה עדין בחיובו הראשון קאי

ואיברא דמתברר משו' דפ' א"ן דעשה דישר' שהיה חייב לגוי וא"ל הגוי ללוה ממון שאתה חייב לי תנם לפ' במאמרו של הגוי מאחר דאין שליחות לגוי אין הממון של הגוי ואותו פ' אינו חייב לגוי אלא לישראל הא' והגוי חוזר על ישראל ראשון שהיה לוה שלו אם לא באמור לו הגוי תנם והפטר ובלתי זה לא מפטר מהגוי ועדין בחיובו הראשון קאי יע"ש בדברי התוס' ובדברי הראשונים הביא דבריהם הרב בא"ן דקנ"ו וקנ"ח ע"א ושם בע"ב הביא משם הריטב"א דבחוב שחייב ישראל לגוי מאחר דליכא למימר שליחות לא מפטר הלוה מחובו וקיימי המעות ברשותו יע"ש

נמצא דמאחר דליכא שליחות בגוי גם לדבורו ומאמרו שהרשהו ללוה שיתן חובו בידי' דאחריני ובא הלוה וקיים דברו ומאמרו עכ"ז לא מפטר הלוה מחובו של גוי אם לא ביטה הגוי בשפתיו ל' פיטור אשר מה"ט כ'הר' בני אברהם ח"מ סי' כ"ה בר' שהיה חייב לגוי והגוי חייב לש' וא"ל הגוי לר' תנם לש' ואני אעלם לך לחשבונך ונתנם ר' לש' ואחר כך תובע ר' מש' שיפרע לו מה שנתן לו באומרו שהגוי כחש לו ולא העלםו בחשבונו פסק הרב דחייב ש' לפרוע לר' מה שנתן לו מאחר דאין שליחות לגוי נשארו המעות ברשות ר' ור' נשאר עדין בחיובו לגוי כבראשונה וממון ר' הוא שנטל ש' וכיון דכן אף הוא חוזר ונוטלם יע"ש וא"כ תיקשי לן מאחר דהא פסקו רובא דרבוותא דבאומר שלח ע"י גוי או חש"ו הגם דלאו בני שליחות נינהו מ"מ אינו תלוי פיטורו של לוה באם ראויים לשליחות או לא אלא מאחר דע"פ דבור ומאמרו של מלוה הוציא הלא מעותיו מתחת ידו נפטר הלוה מחיובו וא"כ מ"ש הכא

וצריך

וצריך להלק ולומר דע"כ לא אמרו הכי אלא דוקא התם דמאמרו היה למשו' ממונו בגברי דלאו בני שמירה נינהו אבל בר מהמנא דהוי הגדה מדעתו של מלוה אסר מהאי טעמ' כתב הרב פ"מ שם לטעמו של הרמב"ם דפוטר ע"י הש"ו הוא גלמ' מסכיא דפ' השפינה דפריך בפקיעות לזוהית אבדה מדע'היא לא קשיא לגברא בר שמירה וגבר מהמנא התם לא שייךהאי טעמ' דע"פ הוליא ממון אלא טעם כיעורו של לוה הוא מטעם שליחות וא"כ אם באנו לידי מדה זו האי טעמ' שייך דוקא במ' ישר' ברם במ' גוי הגם דהלוה ע"פ מאמרו של גוי שהרשהו הוליא חובו מתחת ידו מ"מ לא נפטר הלוה מחיובו של גוי דמאחר דשליחו' לי"ל לגוי נמלא דהמעו' כל היכא דאיתיה ברשותיה דלוה איתיה דעדין לא בא פרעונותיו לידיה דגוי מה תאמר ע"פ מאמרו של גוי הוליא חובו מתחת ידו מ"מ מה בכך סו"ס בר שמירה וגבר מהמנא הוא •

ומעתה מה שתלה הרשב"ם הא בהא דכל דלגבי גוי ליכא שליחו' מינה דאין הלוה נפטר מיניה דגוי ובהיותו עומד וקאי כמאז ומקדם דינו אמת הלא דהשתא דאתינן להכי לא בעינן לטעמ' דכיון דאין שליחו' לגוי נעשה שלוהו של הלוה ומש"ה מסתעי דינא בהדי דשליח וכמש"ל משם ר' גרשו' ורא"בן ז"ל דהכא שאני דמאחר דאין שליחו' והיה לגוי נמלא דממונא כל היכא דאיתיה ברשותיה דלוה איתיה ועדין הלוה בחיובו הראשון עומ' וקאי וכמש"ל משם הראשונים ז"ל א"כ שפיר מסתעי דינא בהדי דשליח ואם יאמר האומר דילמא היכא דהגוי אומר ללוה שלח אפ' דשלח והפטר קאמר ליה מה בכך מאחר דמלינו להרשב"ם ז"ל דלא ניחא ליה לחלק בהכי אף אנןנמי בתר דעתו וסברתו אזלינן

ואם כן מינה נלמוד לנ"ד אם בא יבא הגוי לדון בפני ישר' הכי הוא דינא דכיון דאין שליחו' לגוי עדין ראובן בחיובו עומד דאין הפרעון שפרע ר' בידו של הסרסור נפטר מיניה דגוי ולא שייך למימר מאחר דשניהם מסופקי' מלי למימר קי"ל דהאי דינא לא שייך גבי גוי דהא ליכא שום ספיקא בדידיה דגוי דאין ביאת ממונו של לוה ביד הסרסור גורמת פיטור ללוה לכשנאמר דהא מביאתו לגוי לבית הס' וכמו שהוכחנו דסוגיא דפ' הרבית לפי פירושם של הראשונים ז"ל וכמו שפסק ה' בני אברהם ז"ל ועדיפא בנ"ד דלא ביטה הגוי בשפתיו באמור לו לראובן שלח וכמו שנראה מהשאלה והנייא לטעם וה הכי אם נאמר דיש חולקי' על הרמב"ם

ברם יש לברר הא דאמרו בפ' הגוזל דישראל וגוי שבאו לפניך לדין אם אתה יכול לזכות לישר' בדיני ישר' זכהו אם הכונה דדיינינן ליה לישר' כדין ישר' עם ישר' ממש או הכונה דדיינינן ליה לגוי עם ישר' כפי דין גוי עם ישר' והם בתורת משה ולאפוקי כפי דינם ונימוסם אשר הם מתקנים לעצמם ולפי הלד הראשון בנ"ד פטור הלוה מאחר דבישר' מלוה פטרי' ליה ללוה יען

דהמלוה מסוכך נמי בפרעון ולפי הלד הב' בנ"ד חייב הלוה מאחר דדין גוי עם ישראל שהם בתורת משה הוי דאין שליחו' לגוי ואין מסירת הזוב ליד הסרסור גורמת פטור אלא עדין הלוה בחיובו הראשון עומד

ואיברא דבתחלת השקפה איכא למימר דאין מקום להסתפק כלל דהרי אמרו בפ' הרבית א"ר ששת שקבל עליו לדון בדיני ישראל ופריך רבית נמי לא לשקול כשקבל לזו כו' מפורש יולא לכאורה דכל שקבל הגוי לדון בדיני ישראל דיינינן ליה לגוי כדין ישר' גמור אשר מהאי טעמא פריך בפשיטות רבית נמי לא לשקול מאחר דבא לדון בדיני ישר' דאי כפי הלד השני דהכונה הוא כפי דיניהם דגוי עם ישר' והם כפי תורת משה מאי פריך הנא כך עלתה בהסכמת תורתינו דרבית לגבי גוי ל"ש ישר' מלוה גוי ול"ש ישר' לוה הותר דמי הרבית וא"כ אמאי הולרך לאוקומי שלא היתה קבלתו של גוי אלא לחלאין

ואחר החפוש ראיתי למהר"י נאסן סי' ל"ג רמזו ה' ח"ש סי' כ"ו דפשיט ליה לה' ז"ל הלד הראשון דכישראל ממש דייני' ליה לגוי לחובתו מהכרח הסוגייא דפ' הרבית דכתיבנא אמנם ראיתי להר"ב העיטור דס"ג ע"ג דהכריח דהגרסה הוא ישר' מלוה והלוה גוי דאי המ' גוי ישר' נעשה לו ערב דבין בדינינו ובין בדיניהם הכי שקיל רביתא גוי הוא דקא שקיל רביתא ומאי פריך רבית נמי לא לשקול אטו משום דקבל עליו הגוי לדון בדיני ישראל' לא יטול רבית יע"ש מתברר מדברי הרב העיטור לכאורה דפשיט ליה דהאי דינא דישר' וגוי כו' היינו דיינינן דגוי עם ישר' בתורת מרע"ה ולאפוקי דינם ונימוס' מדכתב דבין בדיננו ובין בדיניהם מותר דלישנ' דדיננו הנאמר בחלמו' נקיט ודלא כסברת מהר"י באסן ואי לא מכריה הרב העיטור הלא שפיר מקשה מיהא תלמודא גם הריטב"א הביא דבריו הרב שם בא"ן כתב בהדיא דאף שקבל הגוי לדון בשתמא לא דייני' ליה כישר' גמור אלא כפי דיניהם שהם מגוי ליש' כפי תורת משה יע"ש

וכן נראה לע"ד להביא ראיה מדברי הרמב"ם פ"ח מו"מ דין ה' שכתב דשור של ישראל שנגח שור של גוי פטור לפי שאין הגוים מחייבין לאדם על בהמתו שהזיקה והרי אנו דנין אותן בדיניהם יע"ש ושם בפי' המשנה כתב וז"ל כשאירע דין ישר' עם גוי ענין הדין בניהם כך הוא אם יש לנו בדיניהם זכות נדון להם בדיניהם ונאמר להם כך דינכם ואם טוב לנו בדינינו נדון להם כפי דיננו ונאמר להם כך דיננו עכ"ל הנה מתברר מדברי הרמב"ם דטעמ' דרישא דמתני' דשור של ישר' דנגח דפטור משום דבדינם ונימוסם אשר בדו מלבם דייני' להו וטעמא דסיפא דמתני' דחייב נ"ש בשור של גוי בין תם בין מועד היינו מטעמ' דדייני' להו כפי דיננו מגוי ליש' בתורת משה ולא כדין ישר' ממש ומ"ש הרמב"ם שם לשו' של גוי משום קנס וכו' יע"ש היינו כמ"ש ר' יהונתן הביא לדבריו שם בא"ן דהש"ית הוא יודע הנסתרות

עגגא

ענש לגוי כפי אכזריותו משום דחשידי להפסיד ממו' של ישר' והן הנה דברי התלמוד וזהו מה שסיים הרמב"ם יעוין לה' לה"מ וזהו הטעם שאנו דנין בין גוי לישר' בתורת משה

ונמצא כפי זה דלמדנו הרמב"ם ז"ל דכך דיננו הנאמר בתלמוד הכונה דינגוי עם ישר' והא בתורת משה"ה ולא החלוקה דישר' עם ישר' וצריך לעיין תשו' מור"ם דסי' ט' דרמזה בש' כנה"ג באופן דהרמב"ם והר"ב העיטור והריטב"א בשי' אחת קיימי ואיברא דאיכא למדחי דאיקראיה גמור' מדברי הרמב"ם דס"ל כסברת הרב העיטור והריטב"א לגמרי דדינא ע"כ לא אמרה הרמב"ם ז"ל דדיינינן כדין גוי עם ישר' ולא כישר' ממש הוא משו' כדי שירויח הניזק האי הוה לגוי כישר' גמור אית ליה פסידא לישר' אמנם היכא דאי דייני' לגוי כישר' ממש מרויח ישר' ואי דייני' לגוי כישר' עם גוי וכפי תורת משה מפסיד כישר' כההיא דרבית דקיימי ה' העיטור והריטב"א ז"ל אימא דס"ל להרמב"ם דדייני' לגוי כישר' ממש דכל היכא דיהבנו תחת האפשרות שיזכה הישר' דייני' ליה לגוי כישר' גמור לטובתו של ישר' וזהו אפשר לצדד ולומר דאין ראיה הוכחת מדברי הרמב"ם אמנם לחלוקה דכך הנאמר בתלמוד מפורש יוצא דהכונה דינם ונימוסם אשר שם בדעתם

ומעתה ספקו שנסתפק ה' בני דוד ס"פ כ"ג ממכירה אי כך דינכם ר"ל דינים שסידרו לכם כפי דעתם או ר"ל דין ז' נח אבל כפי תורת משה רע"כ הנה כבר נתפשט ממ"ש וכבר ראיתי לה' ידיו ש"ת נקונט' קלרי היד סי' ט"ו דכתב ועמדתי שמהר"י נ"ד ז"ל הוה מייתי דברי הריטב"א הנ"ל כו' יע"ש באופן דמפו' בדברי העיטו' והריטב"א דגוי שבא לדון לפני ישר' דנין אותו כפי תורת משה מגוי לישר' ולא כישר' גמור הגם דאי הוה דייני' ליה לגוי כישר' ממש הוה נפיק מניה טיבותא לישר' עכ"ז אין לך אלא מה שאמרו רז"ל ובדברי הרמב"ם ז"ל אין הכרח הכך מזה וא"כ שפיר כתב הרשב"ש ז"ל דמשתעי דינא בהדי דשליח ולא מצי טעין השליח שאחר דאתה וכאי בדיננו דישראל עם ישראל' נמצא דכבר יצאת י"ח מן הגוי ומה לי ולך אם הגוי חוזר עליך

ואיברא דבדברי הרשב"ש נשאר לנו לדקדק דיאכן דאף שנאמר דכיון דאין שליחות לגוי אף דברו ותאמרו שאמר לו שלח לא מעלה ולא מוריד אם לא באמור לו והפטר מ"מ לטען שליח ללוה מה שמסרת בידי הכל כאשר לכל מסרתיו בידיה דנכרי נמצא דאם אמת יהגה פיהו של שליח כדטעין מינה דכבר פרעונותיו ליד גוי המלוה א"כ מה יתן ומה יוסיף דליכא דין שליחו' לגוי לו יהיה דהלוה שדר ליה למלוה חובו ע"י קוף בעלמא' והנה הגיעו לידיה דמלוה מי לא קיים הלוה מצות פריעה ועוד יש לדקדק דהנה נדון הרשב"ש עדיפא מההיא דכתב ה' פ"מ ח"א סי' ל"ו ס"ע יעו' מ"ש ה' ח"ש שם סי' כ"ו הכנה"ג אות ז' דב"מ ה"ג סי' ל"ט רמוז ה' מט"ש יע"ש אלא דאין הפנאי מסכים אמנם בנ"ד ליכא לנדודי בפרט הלז וכמו שיראה המעיין •

ומעתה צריך לחפש ולדרוש כיצד דייני בי דוואר שלהם בשולח מלוה גוי שליח לגבות חובו מן הלוה שימסרם הלוה בידיה דשליח ונפל הכחשה בין הלוה והשליח דזה אומר נתתי בידך ש"מ וזה אומר לא קבלתי אלא כראי דייני דפטו' הלוה מדינא דשלחו' או לא דייני הכי אלא דייני דחייב הלוה מאחר דלא אמר ליה הגוי ללוה שלח והפטר ואפי' אם נאמר דהכי דייני יש לחקור ולחפש במנהגם ונימוסם של הסוחרים כיצד הם דנים במלאכ' כדנא וכבר נשאל ה' כנה"ג בתשו' א"ב סי' ע כעין נ"ד דמי שהיה חייב לגוי סוחר ויאודה סרסור של ערל הלך לקבל חובותיו מן הלוה לחשבון הערל כמנהג ונפל הכחשה בין הלוה והסרסור וכו' וזה השיב הר' דאם שמעו' נפטר מהערל מחובו בפרוע פרעונותיו ליאודה הסרסור או יאודה הוא המוציא משמעו' ונשבע שמ' ונפטר אבל אם שמעו' אינו נפטר מהערל בתת מעותיו ליאודה הסרסור הא ודאי שמעו' נקרא מוצי' מפני שהוא מחוייב לפרוע לערל במשלם כו' והו"ל יאודה נתבע ונשבע ונפטר ע"כ

ואיברא דהרב ז"ל שתם לן סתומי מאיזה טעם הוא ואפשר דמדין מנהג אתי עלה דכך נהגו הסוחרים דהגם דהסרסור הולך לגבות חובותיו כמנהג מ"מ היכא דאיכא הפרש והכחשה בין הלוה והסרסור יד הסוחר הערל על העליונה לחזור ולגבות חובו במשלם מן הלוה וכו אפשר לצדד בדברי ה' כנה"ג ז"ל גרס אנן בדידן לא ידעינן כעת במנהגם ונימוסם של הסוחרי' עתה בזמנינו כיצד הם נוהגים ובפרט כפי השאלה המוצגת לפנינו דאין הלוה בעצמו מסרם ביד שליח הסוחר אלא ע"י שלוחו של לוה ומעתה מסכ"ל באופן השני דאם בא יבא הגוי לדון בדיני ישראל דפטרי' ליה לראובן מאחר דהניחם מסופקי' כדין מלוה ישראל וזהו לפי שיטת מהר"י באסן ז"ל דס"ל דכך דיננו ר"ל דין ישר' ממש אמנם לפי מה שכתבנו אנן בעניותין לא דיינינן אלא כדין גוי עם ישר' והם בתו' משה דליכא דין שליחו' וכל שלא שלח פרעונותיו ליד גוי עדין בחיובו עומד וקאי כמ"ש ה' בני אברהם וכפסקו של הרשב"ש ואין כאן ספק בטענתו של גוי כי היכי דלחשביה לגוי ש' בפרעון והוי דינא בהניחם מסופקי'

אלא דצריך חפוש ודרישה בדיניהם של גוים ובנימוסי הסוחרים כיצד דייני היכא דנפל הפרש והכחשה בין הלוה והשליח וכמדובר בהא סלקינן ובהא נחתינן דאם הסוחר הערל פטר את ראובן וחוזר על הסרסור ועתה הסרסור רוצה לחזור על ראובן יש לדון בזה דפטור ראובן מתביעת הסרסור מטעם דהוי ראובן לגבי הסרסור ש' בחיובא וישבע שאינו יודע ויפטר ואם לא יבא הגוי לדון בדיני ישראל' הגם דבדין ישר' עם ישר' פטור הלוה מטעם קי"ל מ"מ בדין גוי עם ישר' חייב ראובן לשלם לגוי מאחר דכפי תורת מרע"ה כך דיננו אם לא דצריך שאלה היכי דייני הגוים והסוחרים ולפום מנהגם ונימוסם אמרי' ליה לגוי כך דינכם

האופן

דאופן השלישי אם הערל תבעו לראובן הלוה בדינים והוצרך ראובן לפרוע לו לסוחר ועתה רוצה ראובן לחזור על הסרסור בטענ' דישבע הסרסור ויפטר לזה האופן כבר כתב מניי"ר נר"ו דאין כח ביד ראובן להשביעו לסרסור מאחר דטע' ראוב' טענת שמא ובפסקו של הרה"ג ז"ל דאינו יכול המשלח להשביעו ללוי כיון דאינו יודע ראו' שנתנס שלוחו בברור ואותה קדושין שאני משום דבא ליטול יע"ש והגם דלע"ד יש לעמוד בדברי ה' אה"ד הללו מ"מ האמת לן דאין להשביעו ליהודה הסרסור בנ"ד מאחר דטענת ראוב' דטוען בריא דמסר ליד שמעון שלוחו הסך ב' אלפים בשלמות אינו אלא ע"פ פנקסו וכבר נודע דבהאי דינא דפנק' כמה וכמה אוקי' ואמרו בזה הלא כמה מבוארים בדברי גדולי האחרו' ז"ל וזו מה שאלה מלודתי בענין הלז הלא מצער ואין הפנאי מסכים להלוך דרך ארוכה ולרבות מילין ע"ג מילי כי הזמן בוגד ורבות מחשבות ובאמת אמרו מחשבת מועלה וכו' והנה כי כן דברי אלה הנה הנם תלויים ועומדים עד ישקיף השקפה לטובה ויראה עיני אדוני המלך מו"ה הגאון דבי אליהו נר"ו וברוח בינתו ינחני במעגלי צדק ויורני אזהי דרך ישרה שיבור לו ועל פיו יקום דבר להלכה ולמעשה

הצעיר **אליעזר**

די טולידו ס"ט

כתר חתימה בני מילי אשימם דוברות אין כל הרשום בכתב הנז"ל מרישיה לסיפיה נשאתי ונתתי עם מו"ה הגאון דבי אליהו נר"ו והסכים לדברי ועל כל אלה לא מיני חשתיים שמעתתא רק לדברו הוחלתי אם יטיבו דברי אלה בעיני אדוני נר"ו יסמוך יד ימינו לראות כתב איש רבי ולהתבשם מנועם אמריו ודברותיו להיו' בסומכי נפשי ובכן הנה מקום אתי בעי ומכלי ישב עולם חי ברנות הטובה הורה וגדולה במקום אחד בשובה ונחת כולהו שני דרבי והוא

הצעיר **אליעזר די טולידו** ס"ט

סי' קל

שאלה ראובן שאמר לש' בואו ונשתתף יחד בעסק פ'אטוריאה וצריך לעסק זה סך גדול ואמר לו ש' אין לי כ"כ מעות להתעס' בעסק זה והשיב לו ר' דלא תחסר בלא"ה והודה לו ש' דנתן עיניו ש' למכור כלי התכשיט של אשתו וקבעו ביניהם להביא המעות לזמן פ' והלך ש' והוציא מחשבתו לפועל ומכר את התכשיט כדי להשלים הסך הנז' וזלזל במכירתו כדי שלא לעבור את המועד שקבעו ביניהם וגם זלזל בקנית סחורות שהיו לו לש' בחנותו ומכר אותם בזול כדי לאסוף ולקבץ די מחסורו ור' הביא לש' מקצת מהסך הנז' והיה דוחהו מיום אל יום והעביר המועד ולא הזמין ועתה צועק ככרוכיא ש' עליה דר' על מה וע"מ איהרא למלוא ולא הבאת הסך הנז' ועתה רוצה ש' לעכב המעות שבידו בעד מה שגרם להזיק ר' שמכר ש' את התכשיט והפסיד סך גדול וגם ההפסד של הסחורות ובאו לדון ע"ד שהגם

ואשיב בדרך קצרה דהנה על מילתא כדנא כבר נשאול נשאל הרב נ"ד ח"מ סימן ק"ו והשיב דפטור והביא ראיה מדברי הרמ"ה דהביא' הטור ח"מ סימן קע"א סעי' ל"א וז"ל ואי טעין ותבע לא בעי' למטרח בתר זוזי עד דמוגידנא ניהלי מע' ע"מ דמייתינא זוזי כו' הדין עמו דילמא אזיל ומזבין ליה בזול והדר ביה תובע מדינא דגוד כו' יע"ש

תשובה והנה זה ארבעים שנה מיום דשמענו מפי רבינו הגדול הרב הגאון דבי אליהו אשלומתו ז"ל דהיה מגמגם על דברי הר'ב"ד דלמה הוצרך להביא סייעתא וסמוכות מדברי הרמ"ה דהלא סוגי' מפורשת היא פ' השוכר את האומנין דף ע"ו ע"ב רב אחא בריה דרב איקא אמר אפי' תימא מעידית שבנכסיו שתם מאן דזבין ארעא אלפא זוזי אוזלי מוזיל וכו' ז"ל כניזק ופי' רש"י שם וז"ל ש'קונה קרקע כו' אינו כ"כ מעו' מזומנ' אלא א"כ מכר מטל' וצריך לימכר בזול וכי חוזר בו מוכר נמצא זה ניזוק על ידו ע"כ הרי מפורש דאף דהמוכר זה ע"י חזרתו גורם ליה ללוקח שיפסיד הפסד גדול ע"י מכירת מטלטליו ושדותיו בזול עכ"ז לא משלם המוכר שכ' וכדקתני בברייתא בהדיא וכמ"ש התוס' שם ד"ה והו"ל מזיק יע"ש

ואיברא דדבר ה' בפיהו אמת של הרב הגהות ז"ל דאחר זמן דנדפס שיטת הרמ"ה המאיר לארץ ראיתי להרמ"ה שם פ"ק דבתרא דמ"ו מהס' ע"א ד"ה והני מילי דהביא ראיה לדין זה שהביא הטור משם הרמ"ה וז"ל ואית ליה פסידא לנתבע ואשכחן דחיישי רבנן לפסידא כה"ג למחשביה לחוזר בו כמזיק כדאמרי' בפ' השוכר את האומנין גבי מהיכן מגבו מן העידית ע"כ הרי בהדיא דאייתי ניהיה הרמ"ה סוגי' דפ' השוכר הנז' ואע"ג דלאו סמיכתו לעיקר דינא דפטור הוא דהביא הרמ"ה סוגיא הלזו אלא לעיקר החשש דמילי' כדנא נתנו עיניהם חכמים לחוש לפסידא דנא הא מיהא כבר העלה על דל שפתיו הרמ"ה ז"ל הסוגיא דפ' האומנין

ואף שיהיה נקטי' מהאמור דדברי הרב נ"ד דפטור לחזור הדין דין אמת הגם דגרם לחבריה פסידא גדולה לא מחייבינן ליה לחזור דהא גרמא בנזיקין הוא וכמ"ש הריטב"א בסוג' דפ' האומנין הביא דבריו הרב ב"ח"ו שם וז"ל מיהו לאו דלהוי האי מזיק ממש דהא אין זה אלא גרמ' בניזו' דפטור אלא דרבנן קנסוהו כו' יע"ש וכפי זה קשיא לי לכאורה דברי הרב ידיו של משה בסי' ג"ן דנשאל על ר' דרצה לשדך בתו עם בן שמ' ואחר שנגמר השדוך עם התנאים שביניהם מרצונ' הצדדים בפיהם ובשפתיו בא ראובן ומכר מילי דמיטב להומין ולהמציא מעות הפסיקא של השדוכין וביני ביני נגלי שמעון

ש' וחרם את בנו עם בת לוי ובא ר' וטענדיסלס ס' כל הפסד שגרם לו והשיב הרב ז"ל ועל מה שהונע ממנו שישלם לו כו' עי' להרב נ"ד כו' והביא ראיה מדברי הרמ"ה ה"ה מו"ה כו' ואע"פ דיש לחלק בין הביא דהרמ"ה למוכר דשאני התם דאינו יכול לומר נסינהך מכרתי בזול כו' . אבל גבי מוכר שרצה למכור כו' אפ' דיכול לומר נסינהך מכרתי כו' ומיהו אין בנו כח בזה להוציא ממון וכבר הורה זקן ופטור מלשלם יע"ש דהרואה יראה דנכוס סוגיא דפ' האומנין לא ניחא ליאמר האי הילו' דהא סוגי' במוכר קאי וילפינן מינה דפטור אף דיכול לבא בטענה בסינהך מכרתי כו' .

ואיברא דלפום ריהטא שגגו מני דברי הראב"ד דהביא הרב בא"ו שם ע"ד הריטב"א הנו' וז"ל והראב"ד כתב וז"ל משום דהו"ל מזיק נ"ל דהאי מזיק דקאמר דינא דגרמי ע"כ והנה בנס דברי הר' הנמק"י שכתב וז"ל וכי חוור בו מוכר נמצא זה ניזוק ע"י בדינא דגרמי וחנן כו' ומכאן גלמוד דכי משלם מרמה דינא דגרמי משלם מעידית שבנכסיו הרשב"א בשם הראב"ד ע"כ ואםדברי הראב"ד כמשמעותן דמה שניזק הלוקח על ידי חזרתו של מוכר דיינינן ליה כדינא דגרמי משום דדבורו עביד מעשה א"כ אמאי לא מחייבינן ליה ולא מגבי' מיניה דמוכר אלא כשיעור מה שלקח וכדקתני בברייי'

ועוד הלא הראב"ד עצמו כללא כייל לן בפ"ו מזכיה וז"ל וכללו של דבר אבוד ממון שבע' הממון עוש' אותו אף ע"פ שגרם לו זה פטור ע"כ והתם עדיפא מינה הוא דהכי מנהג המדינה בגמר השידוכין לעשות סעודה לקרוביו ומיודעיו לחלק מעות כו' דנמצא דבסיבתו הוצרך לפזר כ"כ מעות דן דינא הראב"ד ואסברא לן דמאחר דהאבוד היה היה על יד בעל הממון הגורם פטור כ"שוק"ו בלוקח דעלמא דלאו עליה דמוכר רמיא אי יש לו מעו' ללוקח או יצטרך למכו' כלי ביתו דש'לוקח הבא לקנו' יש לו מעו' אפר מה"ט הרמב"ם מודה ובא דהאי דינא ובגמ' דהאומנין דפטרינן ליה למוכר האבוד ממון שגרם לו ללוקח דהתם בשושבינות על מנהג המדינה קאי שמיך שבעל ועליה דידיה רמיא לידע דאם יעלם בדעתה למיהדר בה גורמת היא להפסיד לאבד ממו' של החתן לא כן בסתם מוכר דעלמא וכאמור יעויין להרמב"ן ח"ב סי' קס"ו ודוק

ואף שיהיה נקטינן מסוגיין דפ' האומנין דגוונא דנ"ל פטרינן ליה וכמו שפסק הרב צ"ד והרב ידיו של משה ודברי הראב"ד הנו' שכתב דחייב המוכר מדינא דגרמי ראיתי להר' שבית יו"ט במכתב בגי' הר"ב בא"ו שם על דברי הראב"ד וז"ל איו"ט לא משו' דינא דגרמי קאמר ומשלשלו דמי ההפסד במה שמכר בזול דהא ליתא דהא בגמרי לא אמרו הלא שנותן שלה כנגד מעותיו שנתן אלא לתקן הלשון מזיק דמשמע בידים ע"ז אמר משום ד'דגרמי קאמר ומאי דלא אמר דגרמא הוי משום דאזיל לשי' דבכה"ג דינא דגרמי פטור היכא דמכוין להנאתו ודוק עכ"ל ומשמע דכוונתו על מה שהשיג הראב"ד

ע"ד הרמב"ם פ"ו מחובל דין ד' דהעושה' מלאכה במי הטאת דפטור אפי' במזיד וטעמא משום דאין מתכוין להזיק אלא להנאתו הוא מתכוין ע"כ ואם לזה נתכוון הרואה יראה דתברא בצדה דהתם היינו טעמא משום דהזיק שאינו ניכר כמו שמפורש שם וכן ראיתי שכתב הרב חסד לאברהם ח"מ הנ"מ סי' י"ט דקע"ו ע"א שדברי הראב"ד אינן אלא בהיזק שאינו ניכר דוקא יע"ש ויעוין להר' היי עולם בדרשותיו דרוש ב' ודרוש ג' אלא שראיתי להרב התרומות שער נ"א ח"ו ס"סי ה' דס"י ע"א שכתב ואיכא מ"ד דהא דמחייבינן למוחל בזמן שהוא מתכוין להזיק ללוקח והוא אינו מרויח כלום אלא שמפסיד מקחו אבל האי ברת' להנאת עצמ' כדי שתחזו' ותירש כו' וזאת הסברא כתבה הראב"ד בת' כי יש לה פנים ע"כ וכן הביא הרב בא"ו פ' הכותב דק"א ע"ג מהס' וז"ל והראב"ד כתב שאין המוחל משלם אלא במתכוין להזיק אבל זו המוחלת להנאת עצמה היא והבי' ראיה כו'גבי העושה מלאכה במי חטאת דפטור דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק יע"ש

ואיברא דסברי' הראב"ד ז"ל הלזו צריכא תלמו' מסוג' דפ' הנזיקין וכמו שכבר הרב גדולי תרומה שם דס"י ע"א ובס' שמחת יהודה הנ"מ דקס"ה ע"א באופןדשפיר כתב הראב"ד בסוגיא דפ' האומנים דאף דהוי דינא דגרמי פטור המוכר משום דהמוכר להנאת עצמו בהאי חזרה קא מהדר ולתועלתו ולא להזיק ללוקח ולשיטתיה אזיל וכמו דאסברא לן הר' יו"ט כנו' אלא דיש לדקדק קצת דלפי הכלל דמסר לנו הראב"ד של' זכיה כנו' דכל אבוד ממון דבעל הממון עושה אותו גרמא הוי ופטור א"כ הכא נמי פ' האומנים גרמא הוי ולאו דינא דגרמי מאחר שהלוקח הוא דקא מוזיל מטלטליו וקרקעותיו ומוכרן ע"י בזול באופן דהבעל הממון מאבדו

באופן דהדרן לקמייתא דנלון דידן גרמא בנזיקין הוא ופטור וכמו שכתב הריטב"א שם בהאומר בפי' וא"כ מאחר דש' תפוש מהמעות דמסר בידו ר' דינא הוא דמה שתפס תפס ואין כח בידינו להוציאו מתחת ידו דהא קי"ל גרמא בנזיקין פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים וכבר ידוע מחלוקתן של הראשונים ז"ל הביאם הר' משנה למלך פכ"א ממלוה דס"ט ע"ג דהרמב"ןוכת' דכל חיובו שאינו אלא בידי שמים אי תפס מפקינן מיניה אבל דעת רש"י והראב"ד והרב החינוך ס"ל דכיון דהא איכא חיוביה מחייב מדיני שמים אי תפס לא מפקי' מיניה וא"כ יכול המוחזק לומר קי"ל כמ"ד דכל שחייב בידי שמים אי תפס לא מפקי' מידי דתופס יע"ש ושוב ראיתי להרב ד"מ ח"ג סי' י"ט דע"ו ע"ד דכת'כן והר'כנה"ג סי' כ"ח שט"ו אות כ"ב כתב משם מהרי"ס מינץ בפשי' דלא מפקינן מיניה דתופס ולא רמז לן הרב כנה"ג בזה פלוגתא הנאמר בזה יע"ש במט"ס הג"הט' ז"ל אות ט"ו מה שרמז בזה

והנה ראיתי להר' משנה למלך שם שהקשה לש' ו דמשני מהסיא דר"פ הכותב דמוכח משם

משום דתפיסה דלאחר מיתה לא מהני יע"ש והמט"ש סי' ק"ו הנב"י או' ה' שכתב ע"ד הרב מש"ל וי"ל וז"ל זלי הפעוט כו' נר' דל"ק מידי דההיא איירי באין החוב ברור אלא דתפס ואומר דחייב לו ולכך הוי דינא הכי דאין תפיסתו מועלת ולהכי כתב הרמב"ם כיון דמחיים תפסן כו' דמיירי באין החוב ברור משא"כ הכא דמאן דס"ל דמאן דחייב בידי שמים דמועיל התפיסה היינו בחוב ברור כו' יע"ש והרואה יראה דבריו אלו שלא בדקדוק דהא ראיית הר' מש"ל הוא ממחלוקת ר' טרפון ור' עקיבא לפ"ד ע"א קדמ' אשה ותפסה או ב"ח כו' שאמר ר' עקיבא ותשו"ה דקדק בליסטים בפ' א"ך ר"פ הכותב ינתנו דרשב"ג ינתנו ליורשים שכולן צריכי' שבועה משום הבא ליפרע מנכסי יתומים והתם בחוב ברור דמפקי שטר' מתחת ידם וע"ז פליג ר' עקיבא ואמר דמפקינן מינייהו ולא אהניא להו מאי דתפסו ואפי' ר' טרפון לא פליג בהא דאם הפירות מונחים ועומדים בבית ביתומים וקדמו ותפסו לא אהניא להו וכדאמרי' בגמ' וע"ז מקשי הקיית' הר' מש"ל אמאי היורשי מחייבי מדיני שמים כו' ועי' לה' מה"א ה' רבית סי' ע"ו חק"ל ה"מ הנ"מ סי' ס"ט שער המלך' עבדים פ"ה דין ו' ובהשמטות שם ה' עבדים ודוק

וראיתי להכנ"הג סי' שפ"ו הג"הט אות ל"ב דהביא מחלוק' הרמב"ם והראב"ד ז"ל הנו' דפ"ו מוכיח ושיים וז"ל ומ"מ נר' דאם הוא מוחז' מה אשה יכו' לומר קי"ל כהרמב"ם ורבותיו ע"כ ולכאו' הקשי לן דכפי מאי דכתיבנא דבגרמא בנזיקין אם הניזק הוא תפוס לא מפקי' מיניה דהופס מאחר שהוא חייב מדיני שמים א"כ לא צריכינן לזכותו לתופס משום סברת הרמב"ם ורבותיו ז"ל לבד דהא בדתפיס אף הראב"ד יודה דהא חייב בדיני שמים ועי' הרדב"ז חדשות ה"א סי' תק"ג וכ"ש אם באנו לדעת הראב"ד דסובר איהו גופיה דאבק רבית לא מפקינן מידי דלוה אם תפס משום דחייב המלוה לצאת ידי שמים ויעויין מ"ש שם אות ל"ב משם הרדב"ז וז"ל גרמא בנזיקין פטור מד"א וחייב בדיני שמים ואם נתן אין מוציאין מידו וכ"כ הרב המאירי כו' יע"ש וע' להרב לח"ר הביא דבריו הכנ"הג א"ה סי' ן' וביד אהרן שם שרמז מתשו' מהר"ש גאון דאם הכלה מוחזקת יכולה למימר קי"ל כהרמב"ם ורבותיו דהחתן הוא חייב לשלם ההוצאות יע"ש וכה"ג דקדק הר' כנ"הג א"ה שם סי' ן' הגב"י דמדברי הרב לח"ר מוכח דאם הורה היא והחתן נוחזק מלי המוחז' לומר קי"ל כהרמב"ם וע' להפ"מ ח"ב סי' י"ז דל"ג ע"א דמחבר מפסקו דגרמ' בניזקין אף בתפוס שכנגדו מפקי' מיניה יע"ש ויש לדקדק עליהם כנז' וע' להרב פחד יצחק אות גימל דע"ד ע"א מהרי קלבי ס"י

ונראה ללמוד מהאי כללא דאסברא הראב"ד פ"ו מוכיח הנז' דכל איבוד ממון הנעשה ע"י בעליו להו דינא דגרמי הוא אלא גרמה בנזיקין הוא ופטור מינה בהאי סבר' הרמ"ה דהביא הטור ח"מ סי' רל"ב ס"ך דאם ידע המוכר שהיה מום בו חייב אף בהוצאה שהוציא הלוקח להוליכו למקום פ' משום דינ' דגרמי ע"כ חולק עליו הראב"ד דהא ההפסד זה הוא בעליא ולא המוכר אמר מה"ט כתב שם הראב"ד

בזרעוני גינה ולא למאו אינו משלם לו ההוצא' וכמ"ש ה"ה שם והטור שם בא"ה משם הראב"ד יע"ש ואין לחלק ולומר דבידע במום מודה הראב"ד להרמ"ה דליתא כמו שיראה המעיין בנקל דלטעמו של הראב"ד אין לחלק בידע ללא ידע דאין כאן דינא דגרמי דלא שייך וכן יש להוכיח מדברי הרמב"ן במאמר דינא דגרמי דנ"ד ע"א שכתב וז"ל והמוכר פירות לחבירו ולא למאו דקי"ל כת"ק כו' דאינו משלם דמי ההוצאה וה"ט משו' דאינו מזיק ולא גורם הנזק אלא הוא גורם על עצמו וזה אע"פ שמכרו לו אי' אל' כמטעהו והמטעה את חברו לעשות דבר שאינו הגון לו אינו בדין שישלם לו והיינו נמי דאמרינן מאן ת"א רשב"ג ולא אמרינן ר' מאיר דדאין דינא דגרמי ומשמע נמי דרשב"ג כו' אי גרמא בנזיקין חשיב לה כת"ק יע"ש הרי דס"ל להרמב"ן דלת"ק דיש אומרי' טעמא הוא משום דהוי גרמא בנזיקין ולא דינא דגרמי משום דהלוקח הוא עצמו הביא ההפסד והמוכר פטור משום דהוי מטעה את חבירו ולא שייך דינא דגרמי במקח טעות להיוביה ההוצאה אלא דמי המקח דוקא ומינה דפליג נמי על הרמ"ה

וראיתי להדרישה ס"סי רל"ב שכ' וז"ל ומיהו אפשר לו' כו' והרמ"ה פוסק כרשב"ג והרמב"ם פסק כת"ק ובזה יתיישב יותר כו' ומש"ה הראב"ד בהשגות כו' כרשב"ג ע"כ הנה מ"ש דהרמ"ה פסק כרשב"ג הא לא אפשר למימר הכי דבהדיא כתב בחי' שם פ' המוכר פירות סי' י"ט וז"ל ורשב"ג סבר אף ההוצאה כו' וקי"ל כת"ק דאמר זרע אין הוצאה לא ע"כ וגם מ"ש דהראב"ד פסק כרשב"ג תמהני עליו דהרי מפור' יוצא בהשגת הראב"ד סו' פ"ו מוכיח דפסק כת"ק דהוצא' לא וכמ"ש ה"ה והטור משם הראב"ד וכנז' וראיתי להרב בני אברהם ה"מ סי' ס"א שכתב דסברת הרמ"ה אינה מוסכמת והתוס' חולקין עליו כו' ואפי' לייהם סברא זאת להרמב"ן בקונט' דינא דגרמי אף שאינו מוכרח כו' יע"ש וכבר כתבתי דהמובן מדברי הרמב"ן הוא דס"ל דמוכר דהטעה את הלוקח במכרו ומקחו מקח טעות הוא גרמא בנזיקין ולא דינא דגרמי מאחר דהלוקח הוא עצמו הביא ההפסד ומוכרח דפליג על הרמ"ה וכן ראיתי להרב שאילת יו"ע ח"מ סי' ה' על נדון הלז דהביא דברי הרמב"ן הנז' וכתב הרי בהדיא כו' הפך דעת הרמ"ה ומה שסיים שם הרב שאילת יו"ע וז"ל ועוד כתב הרמב"ן ז"ל דאפי' גרמא לא הויא יע"ש הרואה יראה דזה אינו דהא כ' הרמב"ן שם בהדיא דלת"ק הפיטור הוא משום דזה הוי גרמא בנזיקין שכתב וז"ל ואי גרמא בנזיקין השיב לה כת"ק כו' יע"ש ומש"כ הרמב"ן שם משום דאין זה מזיק ולא גורם היזק יע"ש האי דלישנא דנקט הרמב"ן גורם היזק היינו דינא דגרמי וכי האי לישנא נקיט ליה הרמב"ן במאמרו מאמר דינא דגרמי וכמו שיראה הרואה בחוש הראות

באופן דכפי מה שכתבתי הראב"ד והרמב"ן חולקין על סבר' סלזו של הרמ"ה ז"ל דלא הוי דינא דגרמי אלא דיש לעמוד ע"ז דהא הטור בח"מ פסק סבר' הרמ"א ואלו בא"ה סי' ן' הביא דברי הראב"ד לנפו' ופוסק כהראב"ד לפי השלל

הכלל המסור אצלינו דא"כ סתרי דבריו אהדדי וראיתי להרב בנו של הרב מנן גבורים ז"ל נקונט' שם סוף הספר סי' ד' שכתב וז"ל אבל גבי הרמב"ם והראב"ד אפ' דלא אמרי' הכי אלא אעפ"י דהביא הטור סבר' הראב"ד באחרונה אמרי' דכהרמב"ם ס"ל ומה שמביא דברי הרמב"ם ראשונה כו' דכך הוא הדרך כו' יע"ש והשג ישיג הרב על דברי מהר"ם טאייטאצ' דכתב דהטור קאי בשיטת הראב"ד מדהביא הטור סבר' הראב"ד באחרונה והרב שלטי הגבורים הביא דבריו הרב כנה"ג ס"סי של"ו שלא כדע' הרב מ"נ ז"ל וכעין מה שהקשינו ראיתי למהר"י מאיו בס' שפת סיס הנ"מ א"ס סי' ט"ו דעמד ע"ד הרב לה"ר ודעימי' שכתבו דהר"י והרא"ש דהביא הטור סי' שפ"ו קיימי בשיטת הראב"ד כו' א"כ איך פסק הטור דברי הרמ"ה בס"י רל"ב וכאמור

וראיתי לה' מח"א בנמוקיו על הרמב"ם שם ה' זכיה דל"ב ע"ד שכתב וז"ל ורעוני גינה ג"כ איירי בשלא ידע המוכר דא"כ מאי מדמה אלמודא זרעוני גינה להביא דחטין ועשאן ניפולין כו' דהתם שאני משום דלא כיון להזיקו אבל הכא דידע אפשר דאפי' רבנן יודו ומדברי הרמ"ה כו' ע"כ אע"ג דמכ"ש וק"ו מביא הרמ"ה התם בפת ועשאו ניפולין דלא כיון להזיקו מחייב בהונאה רשב"ג דעלה קאי אלמודא להוכיח מאן יש אומרים רשב"ג למנא הנא דס"ל דמחייבינן ליה למוכר בהונא' אלא כונת הרב דאפוי' פלוגתא לא מפסינן ולמימר דאיכא סברה שלישית אלא הנא קמא דיש אומרים היינו סברא רבנן דרשב"ג דברייתא דפת ועשאו ניפולין ובשלמא אי אמרינן דת"ק דיש אומרי' איירי בלא ידע המוכר שפיר דהשני ברייתות קיימי בשלא כיון להזיק ובחדא מחתא אלא דהרואה ירא׳ בהתוס' שם דל"ב ע"א ד"ה המוכר שכתבו דסברת היש אומרים דמחייבי בהונאה אין סברא לחייב בהונאה אלא כשלא היו ראויין כלל לזריעה וידע המוכר שלא יהיה ראויה לזריעה ע"כ

ובדבריהם הללו הוכיחו האחרונים ז"ל דמדברי היש אומרים נלמוד דת"ק דסבר דהונאה לא היינו אפי' בדידע המוכר וא"כ חזרה קו' הרב מה"א למקומה אבל אחר העיון נראה דלדברי התוס' שרירין דהא ברייתא דרבנן ורשב"ג בשתי אופנים קאי האופן האחד בדידע דע"י מעשיו אזוקי מזיק להברו ואופן השני בדלא ידע ועל שניהם פטרי רבנן בהונאה ומחייב רשב"ג אפי' בונה וכ"ש בהונאה דהא רישא דברייתא דקתני המולי' חטין לטחון ולא לתחן ועשאן סובין או מורסן דשנה אומן זה מדרך האומנים שדרך האומני' הוא לשרוק ראשית כל את החטין במי' ולכתוש אותן ומכתשת להסיר פסולי' ההלונה כדי שתהא כולה נקיה וכמ"ש ר' יהונתן הביא דבריו הר' ב"י לקמה כ' הגזול דל"ט והר"ב ישה פי' ש"ו יע"ש באופן דידע האומן דבלתי לאתת החטין בשרית המים מפסיד לבעל החטין ואזוקי מזיק להברו ע"י מעשיו זהו האופן הראשון האופן השני דלא ידע ולא כיון להזיק הוא הלוקח קמח ואפאו פת ניפולין או בהמה לטבח וניבלה דבשתי הלוקות הללו אין כונתם להזיק אפר מהאי טעמא פטרינן ליה בהונאה בהיגס

ולפום מאי דכתיבנא' הוה משמע לי דהא דקי"ל דבהינס פטור מטעם דהוא אומן הוא דוקא בשתי הלוקות הנז' דלא שינו האומנים מדרכם כלל גרם ללוקח המוליך חטין כו' דלא לטחן דסינה מדרך האומנין וע"י זה אזוקי מזיק להבריה אף בהינס חייב והנאני דסבר' זו מצאתיה ראיתיה להר"ב שלטי הגבורים הביא דבריו הרב כנה"ג ה"מ סי' ש"ו הגה"בט אות כ"ג נמצ' דלפי דברי בעלי התוס' מחלוקתן של ת"ק והיש אומרי' שהוא רשב"ג דברייתא' דהמוליך חטין לטחון הוא מן הקצה אל הקצה דלסבר' ת"ק פטרינן ליה למוכר אף דבידע ולא מחייב לשלומי אלא דמי הזרע ולא דמי ההוצאה ולסברת היש אומרים שהוא רשב"ג אף בדלא כיון להזיק דלא ידע דהא בפת ואפאו ניפולין בהמה ונתנבלה בידו הא לא כיונו להזיק כלל ועכ"ז מחייבינן ליה לדעת רשב"ג אלא דלכאורה קשיא לן על דברי התוס' דכתבו דלסברת היש אומרים אין סבר' לחייב אם לא דקדמה ליה ידיעה למוכר כו' דהא לא קדמה ליה ידיעה דלא כיון להזיק אפ"ה או' פטורין בהונאה א"כ מאחר דהיש אומרים הוא רשב"ג ... מינה מוכח דאף דלא כיון להזיק כגון טבח כו' מחייב בהונאה לדעת רשב"ג וכאמור דבשלמא אי אמרינן דרשב"ג בכל גוונא מחייב וכטעמא דאסברא לן הרמב"ם ז"ל במאמר דינא דגרמי דל"ו ע"א וז"ל טעמ' דרשב"ג ניחא משום דכל מוכר או אומן כיונדים לו הנאה עליו מוטל לשמור שלא יפסיד חברו בשלו כלום ע"כ

ואף שיהיה סברת התוס' הוא אף בדידע פטור וכבר כתבתי לעיל דכן הוא סברת הראב"ד והרמב"ן ז"ל וכנז"ל ומשמ' לי דבתוספתא דהביא ה"ה ז"ל והרמב"ן בקונט' דינא דגרמי דהלוקח קנקנים מחברו ונמצאו פטסאו' ונשתברו חייב להעמיד לו דמי קנקנים אבל לא דמי היין ע"כ דאיירי דידע המוכר דלא היו ראויין לתת יין כלל ולא הודיעו ללוקח בשעת המקח אפי' הכי לא הוי אלא גרמא דומיא דזרעוני גינה דכתבו התוס' ז"ל דלדעת ת"ק פטור וכן לטעמייהו של הראב"ד והרמב"ן פטרינן ליה וראיתי להרשב"ם בתשו' סי' שע"ו רמזו המט"ם הי"ג בנ"מ סי' רל"ב הגה"ט אות קט"ו דנשאל על מי שמכר חבית להברו ושאל הקונה למוכר אם יש בחבית שום נקב והשיב לו שהיא שלימה ותמימה וכו' והלך ונתן בה יין ונשפך וכו' ומצא בה נקב שתוס בשעוה וכו' והשיב הרב דהמוכר פטור מדמי היין לפי דגרמא בעלמא הוא וראיה מזרעוני גינה כו' דקי"ל כתנא קמא דפטור מדמי ההוצאה כו' ואע"ג דהקונה אמר לו שמא יש בה נקב והוא ענהו אין בה נקב לפי שאני עתה עריתי ממנה היין אף בזה פטור לדעת ת"ק לפי שלא גרם לו נזק והוא אמר לו באמת שעירה יין ממנה והיה לו לקונה לבדקה וכיון דלא בדק וכו' איכו דאפסיד אנפשיה וכו' ע"כ ולכאורה יש לדקדק על תשו' הרשב"ש הלזו דאמאי לא שביא התוספתא הנז'

הנז׳ דאיהו ניהו נדון דידיה והוצרך להביא ראיה מורעוני גינה ויש ללמוד מדברי הרב דהגם דהוה בריר ליה למוכר איך הוה נקב והוה שאום נשעוה והטעהו ללוקח עכ״ז פטור וכמש״כ מדברי הראשוני׳ ז״ל אבל לדעת הרמ״ה ז״ל וכפי דעת הרב מא״א והר׳ מגילת ספר לאוין דפ״ז ע״ד והר׳ חסדי דוד פ״ו דבתרא דמ״א ע״ג יעו״ש מתפרש התוספתא בדלא קדמה ליה ידיעה לבעל החנית

ודרך אגב ראיתי להרב מש״ל שם פ״ו מוכיח דכתב על תשו׳ הריב״ש דסי׳ ה׳ דאיך שהם ופסק ז״ל כפסקו של הרמב״ם ז״ל דהא הראב״ד כבר השיגו והאחרו׳ ז״ל לא הכריעו כו׳ יעו״ש ולשאני לעצמי אינו כוונת הריב״ש על הבושה של המשתה אלא כונת הריב״ש הוא דגופא דעובדא היה היה מעין עובדא של אבינו בחיר שבאבות שאמר אעבדך שבע שנים ברחל כו׳ שכך התנו ביניהם מעיקרא הארוס ואבי הנערה שישתדל הארוס לעשות איזה דבר שהיה צריך אבי הנערה וכל הבושות והטורח עליה דידי׳ של הארוס ליבדר ועל ידי זה נדרו קרובי הכלה לאתה לארוס הבחורה בשכר זו ואחר שטרח והוציא כמה הוצאות להוציא הדבר לאורה ונעשה רצון אבי הבחורה חזר בו וע״ז נתרעם הארוס על מה וע״מ עשיתן כדבר הזה אחר דהוציא כדבר לפועל וכבר נתייחד עם הכלה וע״ז בא תשו׳ הריב״ש דהדבר פשוט דבדינא ודיינא יוכל הארוס לתבוע כל מה שהוציא בעדם של קרובי הכלה והמעיין ידקדק בדברי הריב״ש דנקיט בלשניה שעשיה בעדם שטרחת בעדם כו׳ יעו״ש

ועוד עמד הר״ב מש״ל ע״ד תשו׳ מהריק״ו שורש קל״ג דנשאל על ראובן שהבטיח לשמעון להשתדל בעבורו בעסק מה בחנם וכאש׳קרב הדבר לגמור חזר בו ראובן ואמר לא אגמור׳ההשתדלו׳ כי אם תתן לי כו״כ ונכן נתן לו שמ׳ ופייסו ואח״ך הגיע מעות ראובן ליד שמעון ואמר לקחת את שלי שלא כדין כו׳ יעויין במפתחות והשיב הרב ז״ל דכל פועל העושה בחינם שמי בידיה לחזור אפי׳ בדבר האבוד והביא דברי מוהרי״ק מור״ם סימן של״ג ועל זה נרגש הר׳ מהריק״ו דהא שמעו׳ הוציא כמה הוצאות על סמך דברי ראובן ובהבטחתו שהבטיחו להשתדל ולגמור הענין והשיב דפטור ראובן דשמעון הו״ל לאסוקי אדעתיה שמא יחזור בו ראובן מדבורו וא״כ הוא דאפסיד אנפשיה יעו״ש וכתב הר״ב מש״ל וז״ל ונראה דהאי מלתא אי חייב ראובן או לא תליא במחלו׳ הרמב״ם והראב״ד הנז׳ דלסבר׳ הרמב״ם חייב ראובן לשלם שהרי גרם לו לאבד ממונו ולדעת הראב״ד פטור דבעל הממון הוא המוציא ההוצאות יעו״ש ולכאורה יש לעמוד ע״ד הרב ז״ל אלו דפשיט ליה דהיינו של מוהריק״ו הוא שנוי במחלוקת הנז׳ א״כ בנדון מהרי״ק ז״ל דהיה תפוש שמעון מנכסי ראובן אפי׳ הראב״ד מודה דבכהאי גוונא כתבנו למע׳ דגרמא בנזקין אם תפס שכנגדו זכה מאחר דחייב מדיני שמים והכרחנו הדבר מדברי הרב עצמו ז״ל פ׳ כ״א ממלוה וכאמור אלא דלדידי הוי לי דכונת מהריק״ו ז״ל מאחר דבנה יסודו דכיון דאין כאן שכר פעולה אלא בחינם אין כסף ואינו משועבד ראובן להשתדל עוד לגמור העסק ושמי בידיה דשמ׳ שיבא הדבר ההוא לידי גמר על ידי ממו׳ שיפייס לראובן וכאשר עשה שמעון דפייסו לראובן כרצונו באופן דשמעון מעיקרא טעה בדמיונו דישתדל ראובן בכל מאמצי כחו יכול על מגן והא מגן שויא דהו״ל לאסוקי אדעתיה שמעון דכל פועל דעושה פעולה בע״ה בלא כסף ובלא מחיר שמי בידיה לחזור ולא יוציא מעותיו על קנה רצוץ ואם הוציא ושמי בידיה של בעל הממון שלא ילך לאבוד מה שהוציא על ידי ממון הא ודאי פטרינן לראובן מאותן ההוצאות לא כן הכא דהרמב״ם והראב״ד דלא שמי בידיה של האב ע״י ממון שיפייס לכלה שלא תחזור דאטו ארקבא מחייב ליתן לה לפיוסא וליכא למימר איבעי׳ ליה לבעל לאסוקי אדעתיה אנפשיה שמא יחזור בה הכלה דבשלמא גבי פעולת שכיר מאחר דזה דרכו של פועל לבא בשכרו וזה אינו רוצה שכר אלא בחינם אין כסף שלא כמנהג הפועלים ע״ז ודאי נאמר איבעי ליה לאסוקי אדעתיה שמא יחזור לא כן גבי שדוכין דכך אורחייהו של הבתולות שאינן חוזרות דמלא׳כדנא אולפא היא לגבייהו ויעויין להר״ב מגילת ספר שם דמ״ח ע״א ודו״ק

האמנם יש לעמו׳ בהאי פסק׳ של מהריק״ו ז״ל מהכלל דקייל הריטב״א הביא דבריו הרב בא״ז ר״פ האומנים דקפ״ו ע״א וז״ל על משנה השוכר את החמר ואת הקדר כו׳ ובודאי דה״ה אם חזר בע״ה ואיכא פסידא דפועלים דאי׳ הבע״ה בפסידתן והדא מנייהו נקט התנא כו׳ והטע׳בתשלו׳ אלו ממה שאמרנו למע׳ דכל שהבטיח לחברו וסמך חברו עליו ואלמלא הבטחתו לא היה בא לו שוהפס׳ חייב לשלם לו אף פשע בדבר דאלו כשנאנס פטו׳הוא עכ״ל הרי דכללא קייל לן הריטב״א ז״ל דכל הפסד הבא על ידי הבטחת חברו דסמך עליו חברו מחייבי׳ ליה למבעיא ולהאי טעמא משמע דאין לחלק בין נוטל שכר לעושה בחינם

ובפי אימא האי כללא במחלוק׳ הוא שנוי ואינו מוסכם דהא כתב הריטב״א עצמו הביא דבריו הרב בא״ז פ׳ א״נ דקס״ג סוף ע״ב על סוגיא דרב המא האי מאן דיהיב זוזי לחבריה כו׳ וז״ל קשיא לן למה חייב לשלם לו כלום ומ״ש מבטל כיסו שהוא פטור מפני שהוא גרמא כו׳ תירץ ר״י ז״ל דהכ׳נמי׳ כשהתנה כן בפי׳ שאם לא יקח לו שישלם לו הפסידו׳ כו׳ ומורי הרב ז״ל תיר׳ דהכא אע״ג דלא קבל עליו תשלומין כלל כיון דנתן לו מעותיו ליקח לו סחורתו ואלמלא הוא היה לוקח ע״י עצמו או ע״י אחרים אלא דזה הבטיחו שיקח לו וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו דבהא הנאה דסמך עליה ונותן לו ממונו משתעבד ליה מדין ערב וזה ענין שכירו׳ פועלין דפירקין דלקמן דחייבין לשלם לבע״ה מה שמפסיד כשחוזרו בהם או שבע״ה חייב לשלם להם מה שמפסידין וכיון שסמכו זה על זה נתחייבו זה לזה במה שמפסיד על פיו וזה כלל גדול הריטב״א ז״ל עכ״ל ומשמ׳ דמאי דרמז הריטב״א ממה שאמרנו למע׳ דכל שהבטיח לחברו כו׳ דחייב הנה הנס כלל זה משם רבו ז״ל והסכימה דעתו ז״ל על דין זה ושנה ר״ש ז״ל

ז"ל והרא"ש בסוגייןשם פ' א"נ לאירלו לקושיי' הלזו דתלמודא איירי כדכתבנו בפי' דוקא דמשמע הא לא התנו לא מחייבינן ליה מטעם הבטחה. דמשמע' מדין ערב כו' דהאי טעמא לא אהנייאלן לפוס דינא ופטרינן ליה למבטיח אע"ג דסמיך עליה חברי' באופן דנמחלוקת הוא שנוי האי דינא במבטיח ראובן לש' וסמיך עליו חברו ושוב הדר בו חברו והפסיד שמעון פסידא גמורא על ידי הזרתו לדעת ר"י ז"ל ודעימי' פטור המבטיח דגרמא בעלמא הוא ולדעת רבו של הריטב"א והריטב"א ז"ל חייב לשלם לחברו כל מה שהפסיד ומינה לכאורה בנדון הרב מהריק"ו ז"ל אין כח בידינו לחייבו לראו' דהבטיחו לשמעון וגרם הפס' גמור לו ואין לומר דע"כ לא אמרוה דבבטחה חשיב' פסידא אלא דוקא משום דהוציא הממון מידו ומסר' ביד המבטיח שכן כתב דבהיא הנאה דסמיך עליה ונתן לו ממונו משתעבד ליה מדין ערב כו' ע"כ דהא ליתא דהא פועלין דהפסידו דמחייבינן ליה לבע"ה משו' שהבטח' של בע"ה וסמכו עליו הפועלין והא התם ליכא שום מסירת ממון אלא ודאי עיקר טעמ' הוא דכל דאלמלי בטחתו לא היה בא לו לחברו שום הפס' מחייב לשלומי ליה באופן דבנדון מהריק"ו לדעת רבו והריטב"א ז"ל יש כח בידינו למחייב ליה לראובן כל מה שגרם לו דהוצרך לפייסו בממון ולדעת ר"י והרא"ש פטור וא"כ אם באנו לידי מידה זו כיון דהיה שמ' תפוס מנכסי המבטיח לא מפקינן מיניה אפי' לדעת ר"י והרא"ש דסו"ס גרמא בנזיקין הוא אפי' דהוי לדבר מניעת הריוח כגון הביא למבטל כיסו כו' כ"ש היכא דהפסיד ע"י הבטחתו וא"כ באנו למה שהשרשנו לתע' דכל היכא דתפס משכנגדו בדבר שחייב מדיני שמים לא מפקי' מיניה

ועוד מאי דכתבו ר"י והרא"ש הוא במבטל כיסו אבל במבטיח כו' כגון פועל דחזר בע"ה חייב לשלם יעו' בתוס' פ' האומנים דע"ו והרא"ש שם ועי' להרב מה"א ח' גזילה סי' י"א ודוק

כללא דמילת' דאין לדברי מהרי"קו ז"ל שייכי עם מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בפ"ו מזכיה וכמ"ש הרב מש"ל וכאמור ושו"ר להרב מח"א ב' שכירות פועלים סי' ו' דעמד על דברי מהרי"קו לעיקר דינא אי פועל העושה בחינם מצי לחזור אפי' בדבר האבוד יעו"ש ומעתה ע"פ מה שכתבתי אין כח בידינו להוציא מתחת יד ש' מאי דתפס אחר שיברר שיעור דמי נזקו הנלע"כ

בלע"ד

אליעזר די

טולידו ס"ט

סימן קלא

שאלה ר' דהיה חייב לש' סך מעות ונתחייב לפירעון [illegible] פרע ראובן לשמ' מקנת ההוג זהרר זמן ראובן ירד לשברים ומתחבא אנא ואנא כי בורח הוא מהסוחרים בעלי חובות וכאשר לחקוהו הסוחרים בעלי החובות לגנות כל אחד מהם זכותו הוצרכו בעלי החובו' ליתן גמר בדבר לעשות קוראמ"ה ולהתפשר עם ראובן במה שנשאר לו מעט מזער וליטול כל אחד אלה רמטה כפי מה שנוגע לו משארית הפלטה וכתבו הסוחרים הב"ח כתבא די רשים איך רצו ויאותו להתפשר עם ראובן במה שנוגע לכל אחד לפי חשבון וחתמו בה כ"א מהסוחרים ב"ח כנהוג ודרשו ג"כ מאת שמעון שגם הוא יבא על החתום בכתב ריצוי הקוראמ"ה וימסור הכתב יד ואזי יתנו לו חלקו לפי חשבון הקוראמ"ה וראה ש' דאי אפ' לומר ונקה דאם לא יחתום בקוראמ"ה וימסו' הכתב יד אינן נותנין לו חלקו ענה אמן בע"כ ויחתם בקוראמ"ה ומס' הכ"י וקודם שחתם שמ' בפס' הקוראמה מסר שמעון מודעה בעדים וזה נוסחה לפנינו עדי' כו' בא ש' ואמר לנו מכלי ידיע לנו דר' ירד לשברי' ומתחבא אנא ואנא מפני חמת המציק בעלי ההובות וזה כמ"י שחייב לי סך מה כו' ואני אירצוני להתפשר עמו ולוותר לו מהחוב כלל כו' אבל מה אעשה כי הזמן בוגד כי מוכרח הני ליכנס בפשר הקוראמה כו' דאם לא אחתום קרוב לודאי שיאבד כל החוב כו' ע"כ אני מוסר מודעה בפניכם כו' כי כל מה שאמחו' והתפשר הוא ע"צ האונס והכרח כי ירא אנכי שמא יאבד כל החוב ואני יושב ומצפה מתי יבא לידי שאוכל ליפרע ממנו שאר החוב ואתבענו לדין כו' ואנחנו הבאים עה"ח מאחר דהכרנו באונסו וידענו דאונס גמור הוא קבלנו מסירת מודעא הלזו דמסר כו' ע"כ נוסחה בקצור ועתה לשאול הגיעו ויחדיו למשפט נקרבו ר' וש' על דנא פתגם אי אהנית מודעא הלזו לבטל המחילה או לא ויבא שכמ"ה ‹

תשובה הנה אי אונס כזה של קוראמה דהאונס הבא למלוה מהמתו דמתפחד אם לא יחתום בכת' בפשר הקוראמה דמפסיד חובו איהו ניהו הגורם ואין הלוה גורם ודבר זה כבר בא מפורש יוצא בדברי הרב פמ"א ח"ב סי' ו' די"ב ע"ג דעמד על מלתא כדנא אי אונס הבא למלוה מאמת פשר הקוראמה אי חשי' אונס והרב ז"ל כתב דזה תלוי במחלוק' הראשו' בפשטא דשמעתא שאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחריני ומצי הלוה לומר קי"ל יע"ש והרב מהר"א קובו ס"סי כ"ה דט"ן ע"ג וע"ד נשאל על מודעא כזה דהוה כתיב בגוה דמחיירא כו' דיגוהו בגוים כו' ויעשו קוראמה ולא יגיע לי כו' והשיב הרב ז"ל אין מקום למודעה והרי לדקו על נכון טענות הנתחל דליכא שום אונס כלל אי במונח שלו כו' לאו אונס מקרי שאינו בא מאמתו של לוה יע"ש הרי דפסיט ליה להרב דכל אונסא הבא מאמת פחד הקור' אמה דאיהו ניהו המתפחד מצד עצמו לא ניתן ליכתב מודעא כזו

והני מימא הרי כתב שם הרב פנ"א ז"ל וז"ל הן עתה צריכין אנו לדעת הא"ל דאונס זה בא למלוה מן הלוה שאלו היה פורע לו בהשאי ולא היה גורע כו' לא היה מגיע לו שום אונס ע"כ באופן

באופן דלמאי דצידד הרב ז"ל דכל דהיה שור' לוה למלוה בחשאי כו' נמצא דהלוה איהו ניהו הגורם להביא על המלוה האי אונסא ולא דמיא למחלוקת של הראשונים ז"ל הרואה יראה דלא כתב כן הרב ז"ל אלא לסגנון השאלה דנשאל הרב דבאותו פרק באותה שעה דנעשית הפשרה עדיין לא נתגלה שברו בין הסוחרים בעלי חובותיו כלל וכמובן מהשאל' משו"ה צידד הרב ז"ל אח"ל כו' אילו היה שור' בחשאי כו' האומנם בגוונא דנדון דידן דכתוב בשטר המודע' מכדי ידיע לכו דראובן ירד לשברים ומתחבא אנא ואנא מפני חמת המציק בעלי חובותיו כו' באופן דבאותו זמן דנעשית הפשרה כבר נתגלה שברו לעיני הסוחרים בעלי חובותיו ואין ידו משגת של ראובן הלוה להוציא מחנותו שום פ"ק משום דזה דרכם של הסוחרים בעלי החוב לשמור משמרת ולהניח חותם בתוך חותם על הדלת ועל המנעול של חנותו של לוה פן ואולי יבא בהחבא ויוציא שמץ מנהו ועל ידי זה יפחת שטר הקוראמ"ה וא"כ נמצא דבשעה דנתפשר שמעון המלוה אין האונס בא אלא מחמתו דוקא ולפי הנראה מתשו' מהר"א קונו ז"ל דעל נדון הרב פמ"א ז"ל היתה תשובתו מתברר דאף זה שעדין לא נתגלה שברו לפני הבעלי החוב לא חשיב אונס המוב' מחמת הלוה אלא מחמת מלוה

ועל פי זה שכתבנו דכל היכא דבשעת הפשר' שעש' המלוה כבר היה ידוע שברונו לרבי' וליכא לצדודי דהלוה הוא הגורם אלא דוה חשיב אונס הבא מחמתו של מלוה ושפיר מצי הלוה קי"ל כדעת הפוסקי' דכל שבא האונס מנפשיה לא חשיב אונס א"כ אם כתוב במודע' ואנסהדי הכרנו באונסו כו' וכמו שכתוב בשאלה מגן שויא מאהר דכל לגבי דידן לא חשיב אונס לפוסדינא משו' דגלו' כח המודע' מה יחן ומה יוסי' ליסנא דסהדי וכבר הקרתי ובדקתי אפומא דסהדי דחתימי במודעא דנא הנו' בשאלה וכה היתה תשובתם דכבר נתברר להם דאם לא היה חותם שכתב פשר הקוראמ"א לא היו נותנין לו הסוחרי' בעלי החוב חלקו המגיע לו באופן דזה שכתבו העדי' במודעא והכרנו באונסו לא מעלה ולא מוריד והגם דהר' פמ"א כתב דאם הוה כתוב והכרנו באונסו הוה מהניא היינו לפום מאי דכתיבנא דבנדון הרב ז"ל דבשעת הפשרה עדין לא נתגלה שברונו לסוחרי' בעלי החוב וכאמור

באופן דכל דהלוה לא נריר אנחריה של מלוה הגם הוא יחתום בכתב פטר הקוראמ"ה אלא המלוה מצד עצמו מפני הפחד דשמ' לא תשיג ידו של לוה לעולם לפרוע וגם את הכל יפסיד המלוה אשר מפני טעם וסיבה הלוו עונה אמן בע"כ וחותם בכתב פטר הקוראמ"ה כמנהג הסוחרים דכל אחד ואח' נוטל חלק הנוגע לו ומוחל את השאר בכה"ג חשיב אונס הבא מחמת המלוה ואינו נחמת הלוה וכיוצא לזה כתב מהרשד"ם סי' קי"ח דנשאל על מלוה א' דהיה דחוק למעות והיה חייב לו ומחל לו מקצת ופרע לו מקצת ועל זה מסר מודעא המלוה כו' וכתב הרב בטעם שני וז"ל מכאן

אתה למד שלא אמרו אונס דמבטל מחילה אלא דוק' אונס דעשה לו הנמחל אבל אם בא לו מחמת עצמו דצריך לפרוע לאחרים ומפני דוחקו הוצרך להתפש' עם בעל חובו לקבל מעות לא הוי אונס אפילו מסר מודעא ע"כ הרי דלמדנו הרב ז"ל דהגם דאלו היו לו מעות בריוח לא היה לו מוחל אפילו פ"ק אלא היה גובה חובו בשלימות מ"מ מאחר דדחיקא ליה שעתא וצריך ליה למעות עביד איניש דמחיל וזה לא חשיב אונס הגם דמסר מודעא דהוה ליה כמוכר חובו בפחות למחצה כו' ובנ"ד נמי כך אורחייהו דאנשי וכך הוא נמי דרך התגרי' למכור חוב שיש להם אצל אחרי' דמטה ידם ואין לאל ידם לפרוע רגילי למכו' לאחרי' בפחות פחות אם שומעין לו

ואף דהב"ד ח"מ סי' קי"ג דקי"ו ע"ד הוקשה לו דברי מהרשד"ם הנזו דהא כל כה"ג חשיב אונס מהלוה עצמו שלא רצה ליתן לו מה שנתן אם לא שכ' לו שטר מחיל' דמן הדין היה חייב ליתנם לו לחס' כחוב שחייב לו אשר מטעם זה הוצרך הרב להעמיד דברי מהרשד"ם בענין שלא היתה יד הלוה משגת לקיים מצות פריעה אפי' לאותו סך שנתן למלוה אלא דלוה מאחרי' כי אין הלוה חייב ללוו' או לדחוק כדי ליתן לו בכל כה"ג המודעה בטלה ברם היכא דהיה בידו של לוה יכולת ליתן אותו מקצת באותה שעה דעדין לא פרע לגוים ומן הדין היה חייב ליתן למלוה בענין שלא ירגישו הגוים כו' ודאי דהמודעה מבטלת המחילה ע"כ לגוונא דנדון דידן דכתיבנא דכל כאשר לכל באו הסוחרים בעלי חובים ועשו וא"ף כל מה שנמצא בחנותו של ראובן וסגרו החנות וחתמו בחותם תוך חותם נמצא דלא סמי בידיה של ראובן לתת בידו של מלו' דכבר נתגלה שברונו לכל בעלי חובותיו מולים ושאינם מולים וא"כ המודעא בטלה וע' להרב מט"ע ח"ב סי' ר"ס הנה"ט אות ע"ב מה שציין בזה

ועוד יש לצדד במאי דשקלו וטרו גדולי האחרונים ז"ל על לישנא דהרמב"ם דכתב דפשרה דינא כמכר והנה מהרשד"ם בת' הנו' ויכה ללוה מת' הרא"ש אף דהחוב ברור כנדון הרשד"ם עכ"ז כתב דכל דאיכא ווזי ומחל מקצת אינסברה לו' דשמחי' שמחל השאר שלא תועיל לו דודאי תועיל כו' והמודעא אינה כלום יעו"ש גם הרב פ"ת ח"ב סימן ע"ו כתב וז"ל דהרי הרמב"ם כתב דהוי כמכ' והטעם דלא מקרי מחילה אלא כשהמוחל מוחל ואינו מקבל אבל כשהמוחל מקבל כגון הפשרה אע"ג דמאי דמקבל שלו הוא מקבל אשרי מידו היה הכל מ"מ כיון דס"ס הוא מקבל הוי כעין מכר כו' ולא כתבינן מודעא בזביני אמאן דלית דינא כפי דעת הסוברים כו' יעו"ש וא"כ בנ"ד ראובן לית דינא ושומע לכל מורים איכא למי' דהאי מודעא לא ניתנה ליכתב והגם דהפ"ת איירי בגוונא דהיכא דאזיל לבי דינא ויחדיו למשפט שניהם גם יחד המלוה והלוה לא סמי בידי' של מלוה שיהא זכאי בדינו האמנם כל היכ' דהמלוה בעומדו למשפט עם הלוה וכאי בדינו מנא לן דסרב

פ"מ ז"ל מסכים הולך דפשרה דינא כמכר וכמו דאסברא לן מרן ב"י ז"ל שם בסי' ר"ה סעי' י"ב וז"ל לפי שהתובע ירא שמא יפסיד כל תביעתו בדין ולכן הוא מתפייס ליטול קצת בפשרה וכן הנתבע ירא שמא יחייבנו בדין לשלם כו' יעו"ש ומהרח"ש בקונט' המודעא דכ"ה ע"ב וכן בתשו' ח"ב סימן ב' ד"מ ע"א בהעתיק דברי מרן ב"י הוסיף על דבריו וז"ל כמ"ש הרב"י ז"ל לפי שהתובע ירא כו' ואפילו יש לו שטר חוב כתוב וחתום עליו אפ"ה ירא שמא ימצא שום טענה לפטור ויפסיד תביעתו כו' ושם בקונט' ע"ד ובתשו' הנז' ע"ב כתב וז"ל ומ"מ שאר הפוסקים כו' וכתבו דפשרה דמיא למכר מסת' בכל גוונא מיירי ואפילו כשידע הנתבע שחייב לו מנה בודאי כו' ובעולה ממה שכתבנו כו' יעו"ש ויעויין להרב בח"א סימן ל"ו ואין הפנאי מסכים להלוך ברחבה בפרט הלז דכבר באו ונקבצו דברי גדולי האחרונים בדברי ה' ההבי"ב בכנ"י או"ח ע"ב ואות ע"ט ובדברי מט"ש הכנ"י או"ח ס"ו והלאה

מכל מקו' כבר כתב הרב מהר"א אלפאנדארי ז"ל סימן נ"ו בס' אליהו רבה דס"ה ע"א דעם אמה דבנדון הרשד"ם ז"ל היה בהו' מבורר מ"מ כיון ששמעון היה טוען שלא היה לו במה לפרוע וראובן לא היה יכול לברר שהיה לו כדי לפרוע הו"ל כאלו כיחש לו שאינו חייב לו כלום כו' ואם היה עומד הנתבע בטענתיה שאין לו מה לפרו' היה נשבע ונפטר כו' ולא פליג מהרשד"ם דהרב המבי"ט ז"ל דנדון מהרשד"ם שאני שהיה טוען שלא היה לו במה לפרוע ולכן דינו כמכר כמו שנתבא' ע"כ גם הרב ב"ד ז"ל תרגמה תשו' מהרשד"ם שלא היה יכולא ללוה לפרוע והיה המלוה ירא שמא ימתין עד דיהיו ללוה מעות שמא לא יהיו לו לעולם ויפסיד הכל לכן מתרצה לקבל עכשיו זה המקצת כו' והיינו מכר כו' דדוקא כשהיה חפץ המלוה יותר להמתין וליכנס בספק דשמא יפסיד הכל מליקח קצת עכשיו והוא אנסו להתפשר או מהני ליה המודעא כו' יעו"ש

הנה מבורר מדברי הרבנים ז"ל דכל היכא דאית ליה למלוה אמה ופחד להמתין עד שישיג ידו של לוה דשמא לא ישיג ידו עד עידן ועדנין ומתרצה יותר לאחוז בשטר הקוראמ"ה אלא דחפים הכלה בתרין ראשין דהותם בשטר הקוראמ"ה על ידי דתוחל שאר החוב כמנהג הסוחרים כבאים על ההוס בשטר הקוראמ"ה ומוסר מודע' על השאר לגבות שאר בחובו לכשישיג ידו אחר זמן לא כל כמיניה ובטר המודעא מבוטלת

ועוד טענת שמעון דטען דמאחר דהמודעא בטלה א"כ כל שארית החוב דמחל לר' הוא מחילה בטעו' דסבור היה דכיון דהמחילה נעשה ונכתבה ונחתמה לפני גדול הדור דכך נעשה הסכמה זה ימים דכל הרוצה למסו' מודעא על איזה דבר לא ימסו' מודעהו בפני עדים כדי שיכתבו ויחתמו במודע' אם לא דיגלו אוזן גדול הדור כמו אב ב"ד היושב על המשפט ואוי על פיו יקום דבר וא"כ סבור היה בדעתו דהמודעה תיבטל המחילה והנה המעיין יר' הנס

דלפוסדינא כל היכא דליכא אונס המבטל המעשה אף דמסר מודעא לא בשביל זה מבטלינן מעשה הבא אחר המודעא בטענה דסוף סוף אין פיו ולבו שוין במעשה הבא אחר המודעא ודבר זה ספרין פתיחו הראשון אדם הרי"ף בתשו' סימן ק' דנשאל על כיוצא בזה בדבר דלא נאנס לעשות אם מסר מודעא אם יש בה ממש או לא והשיב וז"ל מודעא כה"ג אין מועלת כלום שאין המודעא מועל' אלא היכא דאנסו חברו דרוצה לגוזלו האונס הלוקח הזה אינו לא גזלן ולא אנס ע"כ ורמז דבריו הר' כנה"ג סי' ר"ה הגה"ט אות כ"ו והכי מתברר נמי מתשו' הרב פ"מ ח"ב סי' ט"ו דפשרה דהוי כמכר אי שכנגדו ליית דינא מאי למימר קי"ל כסברת הראשונים דבמודעא דזביני לא כתבינן מודעא אמאן דליית דינא אף אם מסר מודעא דהא כתב הרב וז"ל אך עדיין כו' וא"כ יאמר האומר דכיון דר' זה הוא יורש מדאור' כו' אך כל זה הוא אם מסר מודעא ע"כ מינה דאם ראו' לא הוה עדי' כהו שכנגדו של ראובן הוה אומר קי"ל דלא מהני מודעא אמאן דליית דינא כו' וע"ז סיים ואף אם יצוייר דמסר מודעא צריך דיכירו העדים באונסו ולא סגי בגילוי מילתא כיון דפשרה דינא כמכר כו' ע"כ הרי דפשיט ליה מאחר דלפום דינא המודעא בטלה ולא הפשרה לא אתינן לבטל הפשרה מטעם מחילה בטעות

ואם לחשוך אדם הא כבר סיים דבריו שם הרב ז"ל וז"ל ואם יאמר האומר דעדיפא ר' זה מטעם מחי' בטעות ואף שטענת אונס בטלנו אותה מ"מ יאמר אני טעיתי כי סבור הייתי דהדין עם דינה ולכך פשרתי עמה ע"כ , הרי דהגם דהרב ז"ל ביטל המודעא אתי עלה לבטל הפשרה מטעם פשרה בטעות אף אתה אמור דדייק הרב לומר ר' זה משום דהרב ז"ל סובב הולך על דברי השאלה דכה ביטה בשפתיו ר' שסבור היה שהדין עמה שהיתה אומרת לו דהיה בידה פסק ממה"ר ירמיה וזהו דסיים הרב ז"ל לסתור האי טענה ואף דהאמרה לו דהוה נקיט בידה פסקא דדינא כו' מ"מ מידע הוה ידע דכל העולם חלקו כו' ומחו ליה כו' יעו"ש

דאיברא דמוכח מדברי הר' פ"מ ז"ל דכל היכא דהמוחל שמוכי סמיך נפשיה בעידן מחילה באילן גדול שגילה לו אחד מהמורים היושבים על כסא ההוראה וכדומה דיעשה פשרה מטעמ' דדינא בריר אבתריה דנמחל משו"ה עשה פשר' ולבסוף נתברר דלא כיון את האמת האחד מהמורים שפיר מצי למטען המוחל דפשרה בטעות הוא דע"כ לא ביטל הרב ז"ל האי טענה משום דשוו ידעי יהודה וישראל דבטולי בעלוה הסברא הנז' ודבר זה כבר נשאל מהר"ש אלשיך בתשו' סי' י"ד הביא דבריו הר' כנה"ג סי' כ"ה הגב"י אות ס"א דמי שעשה פשרה בשביל שאמר לו אחד מהחכמים שאין הדין עמו על כן הודה בפשרה טענתו טענה כי פשרה בטעות היא יעו"ש ובמה שרמז הרב כנה"ג שם אות ס' תשובת מרן הב"י

בנ״י ז״ל ולדברי גדולי האחרונים ז״ל וא״כ אם בנדון דידן נמי בבואו ש׳ לפני הרב נר״ו לעשות המודעא ההוא אמר דאנים בחיב במודעא דנא ליבטל התחי׳ מפני האונס הנא בשאלה הגם דהאונס לא חשיב אונס וכטעמא דכתיבנא והמודעא בטל׳ מ״מ מאחר דש׳ סמוכי סמיך נפשיה אדעתיה של הרב המורה נר״ו שפיר הוה מבטלינן המחיל׳ והפשרה מטעמא דהויא פשרה בטעות

האמנם כבר חקרתי ושאלתי את פי הרב המורה נר״ו על מילתא כדנא אם האמת הוא דגילה אודנו של ש׳ דשפיר את כחה של המודעה לבטל הפשרה משו״ה סמך דעתו של ש׳ וזה היתה תשובתו דח״ו דהעל׳ על דל שפתיו דבר או חצי דבר אלא דנא שמעון לפניו ואמר דרוצה לעשות פשרה וכפי ההסכמה הנהוגה בעירנו קוסט״א יע״א אלו ת״ד של הרב המורה נר״ו דנמצא דאין כאן סמיכת דעת לומר דהוי פשרה בטעות אלא דאפשר לצדד בזכות שמעון לאורה והוא דאנן סהדי דבכל כה״ג עביד אינש למטעי דהוא סבור דמאח׳ דהסכמ׳ היא שלא לעשות לפני שום חכם הגם דיושב על כסא המשפט להורות את החקים ואת המשפטים אם לא לפני האב ב״ד דוקא והרשות נתונה בידו כל הבא לעשות מודעא אם ניתנה ליכתב אם לא ניתנ׳ ליכתב סלקא דעתיה דשמעון דמאחר דהרשהו לסופר לכתוב ולעדים דיחתמו א״כ כל לגבי דידיה הפשרה מגן שויא וכיוצא לזה כתב מהר״ם אלשיך ז״ל שם הביא לדבריו הרב כנה״ג ואפי׳ טען דלא אסיק אדעתיה שהיה הדין עמו אם הוי מילת׳ דעבי׳ אינש למטעי ואנן סהדי דמסתמא הכי אסי׳ אדעתי׳ נאמן ע״כ והו היה אפשר לצדד גרס מדבריו של מהר״ם אלשיך ז״ל אין ראיה דהא כל חיליה של הרב הוא דהכריח הדבר הוא משום דטעמא רבה איכא דמי דחקו ומאי אכפת ליה לעשות פשרה ולהפסודי ממון רב דמאן מעכב בידיה דלא לגבי כל שטר כתובתה בתשלום כו׳ יע״ש א״כ בנדון דידן דאית ליה הכרח גדול לשמעון כמו שגילה דעתו במודעא דמוכרח אני ליכנס בפשר הקורא״ת דאם לא אחתום קרוב לודאי שאאבד כל החוב כו׳ באופן דאכפת ואכפת ליה לשמעון אם לא יסכים בדעתו למעבד פשרה משום דאית ליה הפסד גדו׳ דלא יבא ולא יהיה ליקח מאלית הונו מפשר הקורא״ה ועד מתי יהיה קץ הפלאות שירחמו עליו מן שמיא על ראובן שיצא ידי חובתו מחובותיו ויפרע לשמעו׳ בשל׳ ע״ש פ״א

אבל כל לגבי דידן דראוי והגון הוא למעבד פשר לבר מטעם דאחר החפוש והבדיקה של פיו מהרב המורה נר״ו דבר ה׳ בפיהו אמת דבור׳ מפיו דהגיד לו שמעון האונס דרוצה לעשות מודע׳ ועל פיו מה ששמע הרב המורה נר״ו מפיו של ש׳ נתן רשות לסופר ולכתוב ולעדים לחתום בשט׳ המודע׳ ועל זה נאמר כבוד אלהים הסתר דבר ועשינו פשר דבר באופן נאות

בצעיר **אליעזר די טולידו** ס״ט

סי׳ קלב

כתבו התוס׳ בפ״ק דמכות ד״ו דבממון אם נמצא אחד מהם קרוב ופסול משביעינן ליה אפומא דעד כשר יע״ש והריטב״א ז״ל בחי׳ שם פליג בזה וכתב דכיון דקי״ל כרבי בטל לגמרי ואינו קם אפי׳ לשבועה וכ״כ הגאונים ע״כ וכן מתברר מת׳ הרי״ף דהביא הטור סי׳ דע״כ לא הכשיר אלא דלא ידע בפיסולו ומש״ה משביעינן ליה אפומא דעד כשר אבל אם ידע כיון דנצטרף בטיל לגמרי אף לשבועה דע״ז אמרו נמצא אחד מהם קרוב ופסול בטלה כל העדות וכ״ש אליבא דהרא״ה הביא דבריו הריטב״א שם והרא״ש ודעימיה דחלקו על הרי״ף ז״ל וסייעתיה ז״ל דהגם דלא ידע לא משביעינן ליה גם הריטב״א הביא דבריו מרן ב״י ח״מ סי׳ ל״ו מחו׳ ג׳ נשאל ע״ז אי משביעינן ליה והשיב דבטל לגמרי ואף לשבועה לא קם וכתב הר׳ כנה״ג שם סי׳ ל״ו הגב״י אות א׳ משם מהר״א קאפסאלי דמדברי התוס׳ אין ראיה כלל דלא כהבנו כן התוס׳ י אלא אליבא דר׳ יוסי דלא קי״ל כותיה יע״ש ، ודברי הריטב״א שכתבנו הובהה לדברי הר״א קאפסאלי דלדידן דקי״ל כרבי אינו קם אף לשבועה וכתב הכנה״ג שם מהדורא בתרא ובסי׳ פ״ו דמהרי״ט דוראן חולק בזה וס״ל דקם לשבועה והבי׳ דבריו מהרי״י בי רב בתשו׳ סי׳ נ״ו דח״ן ע״א יע״ש

ומעתה יש לתמוה על הרב דברי אמת ז״ל בקונט׳ דע״ו ע״ב דעירב תשו׳ הריב״ש עם דברי התוס׳ נגד תשו׳ הרטב״א יע״ש והם דברים תמוהים גם מאי דפסי״ל לכר׳ דהתוס׳ חולקים הו״ל להזכיר דברי הר״א קאפסאלי הנז״ל אלא דלזה י״ל דכבר הזכירם במ״ש ועי׳ פמ״א כו׳ וכבר ראיתי להר׳ עצמו בזכרונותיו שכתב ע״ד התוס׳ דברי הרב כנה״ג

פי המדבר **אליעזר די טולידו** ס״ט

סי׳ קלג

יש להסתפק לכאורה במקום דעדות דעד א׳ האמינא לן כבי תרי כעדות אשה וכיוצא ובאו שנים והעידו שניהם שאחד דמת וקברנוהו ונמצא א׳ מהם קרוב או פסול אי אמרינן דהא דקי״ל נמצ׳ א׳ מהם קרוב ופסול דבטלה כל העדות היינו דוקא בעדות דבאחד מן שניהם לא מהני עדותו ובעי צירוף וכיון דנמצא אחד מהם פסול נמצא דנתבטל הצירוף ולפיכך אפילו איכא מאה אמרי׳ דילמא זה הוא לא כן בעדות אשה דעדות עד א׳ ועדות ב׳ עדים כחדא שוויינהו רבנן א״כ עדו׳ הכשר האמינא לן או דילמא כיון דמה שהכשירו חכמי׳ בעדו׳ אשה עד א׳ הוא מטעם עיגונא דמה״ת אף בעדות אשה בעינן תרי סהדי א״כ לפום דינא דאורייתא הכא בנ״ד ליכא אפי׳ עד א׳ דהא בעינן צירוף ומצא דנפסל מן הדין אפי׳ העד הכשר וא״כ איכא למימר דע״כ לא הקילו חכמים דעד א׳ מהני אלא דוקא היכא דכתי שהלא הוא עד א׳ כשר מה״ת בעדו׳ זו דאם בא עד אחר כשר מצטרף עם זה ומהני לביתר מה״ת

ולכאו׳

ולכאורה נלע"ד לומר דמילתא כדנא כבר בא הדבר מפורש בדברי הכנה"ג ח"מ סי' ל"ו ובאה"ע סי' מ"ב הגב"י אות י"ג שהביא משם רוב' דרבוות' מגדולי האחרונים דהא דאמרו הרא"ש והסמ"ג דהמקדש בע"א דחוששין לקדושיו היינו דוקא בע"א כשר ברם היכא דבאו ב' עדים ונמצא א' מהם פסול דבטלה כל העדות אין חוששין דהא ליכא גבן אפי' ע"א והנה לדעת ר"ש דחוששין תוכח לאור' דלדידיה אפשטה ידה וקבלה קידושין מאחר לא תפסי מהאי בתרא דהא בסוגין שם פ' האומר פריך מאי דעתיך דילפת דבר דבר מממון אי הכי מה להלן כו' מוכח מזה דלמ"ד חוששים לא יליף האי ג"ש וכיון דלא יליף האי ג"ש א"כ המקדש בעד א' לדידיה הו"ל כנתקדשה בפני שני עדים ומאי דנקט האי לישנ' דחוששין נגד דבריו דרב כהנא קאמר והכי משמע מדברי מהר"ם בתשו' דפייכי לבל' אישות שם סימן ג' שכתב ז"ל מדקאמר אין חוששין משמע דאפי' גט לא בעיא יע"ש ואי ס"ל למהר"ם דלמ"ד חוששים היינו דוקא להצריכה גט מראשון ואה"ן דאי פשטה ידה וקבלה קדושין מאחר תפסי ובעיא גיטא א"כ מוכרח דמאן דפליג ע"ז וס"ל דאין חוששים ע"כ צ"ל דאפי' גט לא בעיא מראשון מאי קאמר מהר"ם ולא בעיא גיטא מדקאמר אין חוששין דהא עיקר מחלוקתן הוא בזה אי בעיא גיטא מראשון או לא וכיון דאמינן להכי משמע דאף במקום דלא בעינן צירוף היכא דבאו ב' עדים ונמצ' א' כו' בטל כל העדות וזה היה נר' לכאורה

ברם אח"ך ראיתי להתשב"ץ בתשו' ח"א סי' ק"ל דכתב בהדיא דלמ"ד חוששין מדרבנן קאמ' ואפי' אם ת"ל דס' מספק"ל מדאורייתא יע"ש וא"כ ממילא אזדא לן ראיתינו ונשאתי ונתתי בזה עם הח' הש' הד"כמ עצו"ר כמה"ר יצחק הלוי נר"ו והוא אמר דלדידיה פשיטא ליה דהא דאמרו נמצ' אחד מהם כו' היינו דוקא במקום דבעי' צירוף אבל בעדות אשה דלא בעי' צירוף אם נמצא אח' מהם האניא לן עדות העד הכשר

אה"נ עיין להמש"ל פ"ד דאישות דין ו' שהביא תשו' הריב"ש דסי' רס"ו ותמה עליו דבנ"ד ליכא אפי' עד אח' אפי' למאן דחייש לקדושין בעד אח' דהא קיי"ל נמצא א' מהם קרוב כו' עדותם בטלה יע"ש מתבאר מדבריו דקאי בשיטת גדולי האחרונים שהביא הר' כנה"ג דהסכימו דאפי' להרא"ש דפסק דחוששין אם נמצא א' כו' בטלה העדות ועי' להרב קמ"ר שם דישב קושיית הר' מש"ל בפשי' דבמקום דלא בעי' צירוף לא נאמר האי כללא יע"ש ולא העלה על שפתיו תורתן של גדולי האחרונים הנז"ל ועל הרב המחבר ג"כ יש לעמוד דלא רמז דברי הרב קמ"ר ז"ל

הצעיר **אליעזר די מולידו** ס"ט

סימן קלד

נתתי אל לבי לשאת ולתת במנהג עירינו קושט' יע"א לענין מסים דנהיגי דאחר דנכתב ונחתם פנקס הערכה הסך של כל איש ואיש הנקובים בשמות אנשי הערכה אם אח"ך נתברר דטעו המעריכים דהיה ראוי להעריך את פ' ביותר שאת אין להם לאנשי העיר שום טענה דמן השמים רחמו עליו וכמו שבא הדבר מבואר בתשו' הרא"ש כ' ששי סימן ד' וז"ל הא למה זה דומה לקהל שבררו אנשים לעשות פנקס ע"פ הקה' לפי אומד דעתם והטילו על ר' שיחן מס מאלף זהובים לו יותר יו"ד אלפים לא יפרע אלא מאלף זהובים שאמדוהו כו' דסייעתא דשמיא היא כו' ונמלכתי עם פורעי המס והראה להם כך גם לי נראה כן עכ"ל הרא"ש ז"ל

ולפי תשו' הרא"ש הלזו שמעינן לכאור' דלא מבעיא היכא דטעות המעריכים דטעו בשומת הנערך היה היה בטעו' ההווה דהיינו למחצה לשליש ולרביע אלא אפי' טעות דאינו עולה לב אנוש דטעי בהכי וכגוונה של המשל דהמשיל לנו הרא"ש דטעו המעריכים א' מעשר דהוה אפשר לגדל דבכי האי גוונא לא נחתי הז' טובי העיר ושאר אנשי הקהל בתינוי המעריכים דאף דהטעות היה אחד מעשר קבלו עליהם אומד דעתם של המעריכים עכ"ו אסברא לן הרא"ש דאם באו הז' טובי העיר בטענה כזו ורוצים לחזור בהם לא שמעינן להו אלא אמרינן דסייעתא דשמיא הו"ל לנערך וכאמור - ועל פי זה שכתבנו נפשט מאי דהוה אפ' לאסתפוקי במנהג עירינו קושטא יע"א דע"כ לא נהיגי אלא בטעות ההווה כאומנם בטעות גדול דאין רוב בנין ורוב מנין אנשי הערכה עלו על דעתם אפשר לומר דלא קבלו אבל מאחר דהכבר מלינו הדבר מפורש בדברי הרא"ש דאף במילתא כדנא אמרינן דסייעתא דשמיא הו"ל דרחמו עליו מן השמים א"כ אין לנו להרהר עוד

ברם הכתי איכא לאסתפוקי לענין מנהג עירינו קושטא יע"א ואין ראיה מתשו' הרא"ש ז"ל דע"כ לא אמרה הרא"ש ז"ל א לא דוקא היכא דמינוי המעריכים הממונים מהז' טובי העיר ומשא' פורעי המס יהיה לפי אומד דעתם של המערי' ובין טעו טעות המעט הוא אם רב ואדעת' דהכי נחתי המעריכים וגם הנערכים וסברי וקבילו אנשי פורעי המס והו"ל כאלו מחלי אהדדי בהדיא ז"לנ וול"נ וכיון שכן אין להרהר אחרי דעתם של המעריכי' אם טעו בטעות גדול א' מעשר יען דמסרו עצמם על דעתם שלהם לגמרי ולא פירשו דעתם עד כמה יהיה טעותם של המערכים

האמנם היכא דאין מינוי המעריכים לפי אומד דעתם של המעריכים אלא עיקר מינוים אינו אלא אחר דישבע הנערך שבועה חמורה בנק"ח כל מה שיש לו ואם לפי אומ' דעתם של המעריכים הוא דאמדוהו סך הרבה והוא מכחיש ביניהם דאין לו הסך הנז' דאמדוהו תיקון העיר הוא דמשבעי' ליה לנערך לאמת דבריו אם אמת יהגה חכו והמעריכים לא כן עשו אלא נטו דעתם אחר מחשבות לבו של הנערך והוסיפו לו קצת או לא הוסיפו לו כלל ואח"ך נמצא דטעו המערכים טעות גדול ע"י שהאמינו לו לנערך כל מה שאמר בלתי שבו' כנהוג והאמינא ליה לרמאי ברמאותיה דהטעה אותם והשיב אחורה אחור ע"י חרשת שפתיו שפתי חלקות בזה

בזה אין ראיה ממשו' הרא"ש ז"ל וגם אין ראיה ממאי דנהיגי אנשי הקהל פורעי המס היכא דפנקס הערכה נכתב ונחתם ושוב אם נתברר דטעו אינן חוזרים דמן השמים רחמו עליה דדילמא אינהו מנהג אלא בטעו' הבווה לא בטעות גדול כזה דאין הדעת סובלתו

ותדע לך דרב המרחק בין היכא דהמינוי של המערי' הוא לפי אומד דעתם להיכא דהמינוי הוא שישבע הנערך ע"כ מה שיש לו דהא כתב מור"ם ז"ל סי' קס"ג סעי' ג וז"ל במקו' שנותנין ע"פ ערכה אינו יכול לומר שטעה אבל אם נותנין ע"פ השבוע' יכול לומר שטעה ע"כ ואסברא לן הסמ"ע ז"ל שם סע"ק כ"ח דהיכא דהעריכ' אינו אלא לפי אומד דעתם של המערי' וטעו השמאים והעריכו לאחד בפחות אין הקהל יכולין לומר מאחר דטעו המערי' אין מינויים מינוי דהא אדעת' דהכי ירדו לפי אומד דעתם אבל במקום שהעריכה היא עפ"י השבוע' שישבע הנערך על כל מה שיש לו יכו' לומר שטעה בשומתו אם יברר ע"כ גם הש"ך שם סע"ק י"ג אע"ג דהשי' עליו בפירושו על דברי מהרי"ו מ"מ כתב לענין דינא נראה דאם יכול לברר טעותו שומעין לו יע"ש הרי דהיכא דהעריכה אינו אלא לפי אומד דעתם דוקא אזי אם טעו השמאי' דהיינו המעריכים בין אם הטעות הוא לזכותם של אנשי הקהל דהעריכוהו לנערך יותר ממה שיש לו ובין שהוא לחובתם דהעריכו' בפחות דהוא לזכו' הנערך אין אחריו כלום אבל היכא דהעריכה הוא עפ"י השבו' של הנער' אזי אף דנשב' הנערך דיש לו סך פ' ושוב אח"ך בא בטענה דטעה ומברר טעותו שומעין לו דאין דעתם של הקהל ליטול מן היחיד מה שאינו מן הדין וכיון דבאנו לידי מדה זו דאם המערי' הוס פו על קלבתו ואחר דנברר פוחתים לו הוא הדין והוא הטעם היכא דפחתו לו מן הקלבה דהיה ראוי לו ליתן ושוב נתברר דהטעה אותו מוסיפין לו והנם דאין הכרעה הלזו הכרע' דאם אתה אומר דכי היכי דאם מברר הנערך דטעו המעריכים בין רב למעט חוזר מאחר דאין העריכה עפ"י אומ' הדעת של המערי' אלא עפ"י השבועה וא"כ דון מינה היכא דטעו המערי' לחובתם של הקהל ואח"ך נתברר לקהל דהטעה אותן הנערך דחוזרים יען דאין כאן עריכה לפי אומד דעתם של המערי' וא"כ מנהג קושטא עירינו יע"א דאינו עפ"י אומד דעתם של המערי' אלא עפ"י השבועה של הנערך ועם כל זה אם טעו המערי' בין רב למע' בין אם היה הטעו' לחובת הנערך דהוסיפו לו קלבתו ובין אם יהיה הטעו' לחובתם של אנשי פורעי המס דפיחתו לו כל שנכתב פנקס העריכה אין שומעין כלל כלומר דשקולים הם ובחדא מחתא מחתינהו דהיכא דיסוד שומת העריכה אינו לפי אומד דעתם של המערי' אלא [illegible] השבועה דנשבע הנערך איך אין לו [illegible] יותר בין רב למעט בין דהטעות הוא לחובת [illegible] קהל ובין דהטעות הוא לזכות הקהל וכבר נכתב ונחתם פנקס העריכה אין כאן שום טענה לא לקהל ולא לנערך דכך היתה הקבלה דכל דנמסר הפנקס שוב אין לערער אחריו והוי"ל כמו קבלת

שומת העריכה לפי אומד דעתם של המעריכי' דכתב הרא"ש דאין כאן חזרה כלל וע' להרב כנה"ג בח' ח"מ סי' ק"ו דנשאל על איש הנערך לפי שומת המערי' וקמו קצת יחידים נגדים מהנערך בטענ' דטעו המעריכים כו' ועל זה נשא ונתן הרב בתשו' הרא"ש ז"ל נז' וזו הלכה העלה דמזלו של שמ' גרם וזכה מן הדין ומן המנהג שלא לפרוע יותר ממה שהעריכוהו המעריכים והיינו הקהל להתנהג ע"פ עריכת המערי' ואף אם טעו והעריכו לאיש אחד יותר ממה שהיה לו מזלו גרם יע"ש דנדון הרב ז"ל לא היה לפי אומד הדעת של המערי' אלא ע"פ השבועה של המעריכי' והנערך

וכפי מנהג עירינו קושטא יע"א ודמהו הרב לתשו' הרא"ש מטעם דלא הטעה הנערך את המערי' אלא מה ששמו אותו קבל עליו לפרוע וכבר המערי' נשבעו שלא לעשות חנופה ומשוא פנים לשום יחיד אלא יעריכו על קו היושר והאמת אמרי' דולאי דקדקו הרבה בעריכתם ואם טעו סייעתא דשמיא הוא וכטעמו של הרא"ש ז"ל

האמנם במנהג קושטא עירינו יע"א דנהיגי דהגם דהנערך בשפתי חלקות כביר מצאה ידו להטעות את המעריכי' בין רב למעט כל היכא דהפנקס פתוח וביד כותבת אם נתעוררו המערי' בעצמם וידעו דהטעה אותם חוזרים ומתקנים את הפנקס על קו היושר והאמ' ברם היכא דהערעור היה היה אחר דנכתב ונמסר הפנק' בידם של מעלת הז' טובי העיר או ביד מעלת דייני ומורשי הזמן אין הערעור ההוא כלום וכלא השיב וזהו מנהג קושטא יע"א

האמנם על שנעשה באנו דאחד מהנערכי' המשובים מן הגזע ומן הפרשים ממתא קושטא עירינו יע"א כשבאו להעריך אותו עלו בדעתם כפי אומד דעתם להעריכו ז' חלקים מ"ומ יותר ע"מ שהיה לו מקודם והכי הוה שכך אמר אחד המיוחד מהז' טובי העיר דהיה לו לנערך הנז' ששה עשר לבנים מקדם והוא ציוה למע' המעריכים דיכתבו בפנקס העריכה מאה לבנים דכפי מה שהתוב' לו היה ראוי להעריכו הקלבה הנהוגה בימי' האלה ובזמן הזה דהיינו מאה וחמשים לבנים האמנם לכל הפחות יעריכו אותו מאה לבנים וכשומעו הנע' ההוא מה שצוה המיוחד במע' מאנשי ז' טובי העיר העי"א מה עשה הלך אצל א' מן המערי' הי"ו דהיה קרוב לו ואוסב לו לנערך וההוא אמר דאין האמת כמו שעלה בדעתו של הגביר הנז' דיש לו סך רב אלא פחות שבערכים וארשת שפתיו שפתי חלקות אהניא ליה דרמה אותו להמערי' הנז' וקבל עליו בהוספת יו"ל לבנים ונעשה הכל כ"ו לבנים וכבר שמהעריכים חבריו נתווכחו עמו באומרם דעל מה וע"מ בקלב' פחותה מזו הערכהו לו והלא הוא עשיר מופלג ולא מן ה' הוא זה להכביד על אחרים עלת בני ישר' עול משא מלך ושרים מה שיש מן הדין ליטול מזה ושכנגדו חלוק עליו באומרו מאחר דאין לנו בירור על כמה יהיה ההוספה והנערך הוא אדם חשוב וישר ונאמן

ולא

ולא נמצא בפיהו עולה מימיו ומשאו ומתנו באמונה אין לנו להרהר אחריו וכתוב בס' וחוס כו' לבנים ולא עוד ויהי שנתים ימים דנתנק' בישיבה של מע' וחלי"ש והשאיר אחריו ברוש יותר משלש מאות אלפים אריות ועל זה מערערים ומרננים עדת הנערכים מאחר דהנערך הטעה אותם להמערכי'

אלא יש לנו לחזור ולתקן את המעוות דאנן בי דינא איכא לאסתפוקי לכאו' כיון דמנהג עירינו קוסטא יע"א נהיגי משנים קדמוניות דאם נכתב ונחתם פנקס העריכה אף דנתברר אח"ך דטעו המערי' בין רב למעט אף דהטעות בא להם מן הנערך עצמו דע"י דבורו וחרשת שפתי חלקות רימה אותם עכ"ו אין כאן חזרה כלל בין דהטעות הוא לחובת הנערך ובין דהטעות הוא לחובת פורעי המס ואם כן מה להם כי יצעקו עתה אצל יורשי המנוח הנערך הנז' או אפשר לצדד דע"כ לא אמרינו מנהג נז' אלא בטעות השוה לא בטעות מופלג כזה והגם דהרא"ש אסברא לן אפילו בטעות מופלג דהעריכוהו אלף זהובים ושוב נמצא יו"ד אלפים זהובים ופסק הרא"ש בסכינא חריפא דאין להרהר על הנערך כלל דמן השמים רחמו עליו כבר כתבתי למע' וצדדנו דבנדון הרא"ש איכא טעמא רבה דלא הטעה אותם הנערך להמערי' וגם דהשומ' של העריכה אינו אלא לפי אומד דעתם דוקא של המעריכים ולא לפי דבורו של הנערך ברם היכא דהעריכה אינו אלא ע"י שבועת הנערך כמנהג קוסטא עירינו יע"א דהשבועה היא בהא ונשיאה שלא יטעה אותם אלא יאמר האמת וכיון דנתברר דלא הגיד האמת איכא למימר דחוזרים ואף דהרב כנסת הגדולה ז"ל ודעימיה כתבו בהדיא דאפי' דשומת העריכה היא ע"י שבועה אם טעו אינן חוזרים וכן הוא קבלת מנהג קוסטא עירינו יע"א אפילו דלא נהיגי והוקבע המנהג כך אלא דוקא בטעות השוה לא בטעות מופלג כזה וכיון דכן איכא למימר דמאחר דלפום דינא שלומי בעי לפי ממונו אלא דהס' אינו אלא במנהג אי הוי המנהג בין בטעות השוה ובין בטעות המופלג או לא הוי המנהג אלא בטעות השוה והרגיל דוקא וכיון דבריא בחיובא לפום דינא והס' הוא בפיטורו היכי הוי המנהג א"כ באנו למש"כ גדולי האחרונים ז"ל (ע"כ נמצא והעי"ד)

אי"ה הייס מדבר להיות דכבר נודע דבכמה דברים המנהג הוא העיקר וכאשר אמרו רז"ל דמנהג מבטל הלכה ומרן מלכא כאי תנא דידן הרב המופלא וכבוד ה' מלא

הרב המחבר

ז"ל מזמן נערותו דשימש כמה רבנים מובהקים מאירים כברקים ונשא ונתן עם הרבנים הקדמונים רבני עירינו יע"א והיה שותה בצמא את דבריהם ולמד מהם ז"ל כמה מילי מעלייתא מחדושי' ומנהגים שיש בעירינו יע"א כן בדיני ממונות והן בדיני איסור והיתר ומהם בענין תחלית העזבון וכן מנהגי' שהיו מזמן הרב מהרימ"ט מאחריה דאחרין ועתה נהפך המנהג הפוך כמו שיבא להלן ומפני היותו דבר נצרך אותה נפשי לאסוף ולקבץ ולהביא תוך האהל כל המנהגים שכתב הרב המחבר איזה מהם בתשו' ואיזה מהם הביא בקונט' הזכרונות שיש לו השייכים בדיני ממונות וגם המנהגים שיש בענין תחלית העזבון דהוי דרך דממונא אחת לאחת

א המנהג עתה בזמנינו ברוּבן דהיה א' מפורעי המס ומת ובניו ממלא מקום אביהם ולא חלקו ממון מוריסם ומת אחד מהם ונפל הירושה לאחיו אחי נפרעים ממנו חוב העיר ודלא כהוראת הרב מ"ל ידה"מ ח"מ סי' ט"ו (עיין בפנים סי' ע' דק"ב ע"א וע"ב

ב לענין מטבע דאין נקנה בחליפין דעת מהרי"ן מיגאש ז"ל בתשו' סי' דכסם דליתיה בתורת הקנאה ליתיה ג"כ בתורת חיוב דאם כתוב בשטר נתחייב פ' לפ' כו"ך בתורת חיוב השטר בטל לפי שנראה שהוא לשון הקנאה וח"מ נקנה בחליפין יע"ש אמנם כבר פשט' ההוראה וסוגיין דעלמא הכי אולא דכל השטרו' העולים בכל בתי דיני עירינו יע"א המה מפורשים בחיוב שעבוד להקנאת המטבע ושפי' מכשרי להו רבני עירינו יע"א ומפקי ממונא בשופי ואדרבה משום דאלימא מילתא טובא ליפנא דחיוב רגילי ספרי דוקני למכתב בהאי ליפנא (עיין בפנים סי' ק"ה דקמ"א ע"ג)

ג לענין שותפים לזמן קבלתי מרבני דורינו דאין קיום להשותפות כי היכי דלא ליהוי בחזרה בתוך הזמן אם לא נקשר השבועה ובלעדה איתיה בחזרה האמנם היכא דכתוב בשטר השותפות דלקיום השותפות קבל ס' הפוסק כו' כאשר הונהג מנהג זה מזה ימי' ושנים כמו ט"ו שנה דייני דיינ' עירינו יע"א דלא מצו לחזור בגו ומניה אף דליכא לתא דשבועה ואנן בי דינא הכי דייניגן וסוגיין דעלמא הכי אולא (עיין בפנים סימן כ"ג ד"ן ע"ב

ד במחלוקת גדולי האחרונים אי אמרי' קא"כ שא"כ הכנ"הג אסברא לן בכמה מקומו' בתשו' יעויין בתשו' ח"מ ח"א סי' א' וסי' ע"ג וסי' ע"א ובח"ב ח"מ סימן פ"ג דסוגיין דעלמא אזלא דכופין להשלים שבועתו ויעויין למורינו הרב מהר"א פאלומבו דע"ו ע"ג יע"ש וגם אנן בדידן הכי נהגינן (בתשו' כת"י א"הע

ה פסקה ההוראה בעירינו קושטא דיכול למחו' שלא להוציא שום דלת וכנף בפותח חלון ע"ג של רעפים או חורבתו של חבירו הגם דאנן נהגינן כהרא"ש שלא למחו' בפותח חלון ע"ג של רעפים או חרבת חברו עכ"ז בדלת וכנף מחינן בידיה אף אם יצא בטענה דנותן לו שטר ראיה בכל חיזוקי סופר ולמוסרו בידיה דבעל הגג או בעל החרבה עכ"ן לא לייתי' ליה (עי' בפנים סי' ד' ד"ח ע"ד

ו כתב הסמ"ע סי' ק"ץ דהא דכסף קונה היינו דוקא בנותן כסף בתורת דמים לא היכא דנותן כסף לקשר ולחזק הענין יע"ש ואנן בי דינא עבדינן עובדא הפך סברת הסמ"ע ושו"ר להט"ז שם שדחה הוא ג"כ ס' הסמ"ע (בקונטרים הזכרונו'

ז במחלוקת הראשונים במת בתוך זמניה איגבי מיתומים קטנים והביאו מרן ב"י סימן ע"ח ויעויין להרב הכנ"ג שם ואנן בדידן הכי נהגינן שלא לגבות מיתומים קטנים אף במת בתוך זמניה (עי' בפנים סי' ל"ה דס"ד ע"ב

ח מנהג קושטא עירינו יע"א בפשיטו' להכשיר לענין כוללות העיר להעיד לבני העיר ואינם פסולים מטעם נוגעים בדבר כ"כ הרב פ"מ ח"ב סימן ק"י (בקונטרים הזכרונות אות מנהג

ט במחלוקת מהרשד"ם עם הרב מ"מ בגן שהוא פטור מתם כגון שהוא מושיבים וירש ממון אביו שאינו מושיבים דדעת מהרשד"ם דפטור דהמס אקרקפתא דגברי מוטל וכן דעת מהרימ"ט ח"מ סימן נ"ן יע"ש ומנהג קושטא עירינו יע"א הוא כסברתם כ"כ הרבידיו ש"מ הג"מ ח"מ סימן נ'ו שם

י מנהג עירינו קושטא משנים קדמוניות דאם נכתב ונחתם פנקס העריכה אף דנתברר אח"כ דטעו המעריכים בין רב למעט אף דהטעות בא להם מן הנערך עצמו דע"י דבורו וארשת שפתיו שפתי חלקות רימה אותם עכ"ז אין כאן חזרה כלל בין דהטעות הוא לחובת הנערך ובין דהטעות הוא לחוב' פורעי המס (עי' להרב המחבר ז"ל בפני' סי' דנסתפק על מנהג זה אם הוא דוקא בטעות בשוה או אפי' בטעות המופלג

יא מי שהלך למ"ה והניח מורשה ע"כ נכסיו ובא המורשה ותבע את ר' נגד המורשה והשיב לו דאינו רוצה להתדיין עם המורשה יש להסתפק בענין זה דאין המורשה כאנאלא במ"ה וביני ביני יאכל הלה וחדי ע' למהרשד"ם ח"מ סי' ס"ג וט"ז חו"מ סי' קס"ג פמ"א ח"א סי' פ' וע' בתשו' הרב כנ"הג ח"מ ח"א דף ג"ן מהר"ש גאון סי' כ"ה ידה"מ ח"מ סי' כ"ד והגם דכבר השריש לנו הרב מהרימ"ט ח"מ סי' טו"ב והעד העיד בנו דהלכה רווחת בישראל וסוג' דעלמא הכי הוי לכופאת הלוה לדונעם המורשה יע"ש הגם דאתריה דמר איהו ניהו קושטא עירינו יע"א מ"מ הרי אנן בי דינא נהגנו שלא לכופאת הלוה מטעם קיי"ל מוכח דאחר כמה דורות נהפך המנהג וכך ראינו להרבנים הקדמונים דהוו דייני שלא לכוף את הלוה מטעם קיי"ל וכמו שדן כן הרב יש"ת יעויין להרב כנ"הג בתשו' ח"מ סי' א' בקונטרים הזכרונות אות מ' י"ב

יב גוי שמכר חצירו לישראל והיה לו לגוי הודאה בשטר והיה טוען הלוקח שהוא אינו חפץ בהודאה בשטר עשינו מעשה בבי דינא רבה עם כל החכמים דאין טענת הלוקח טענה כיון דיש חזקת הודאה בשטר אליק אלא או יתן לו דמי חזקתו או יגבה ההודאה בשטר השכירות ויגבה ש"ט מן הלוקח כדרך שהיה נוטל לאשר היתה ברשות הגוי כך אמר לי מורי הרב הי"ו (שם

יג טענת מורשה מפי המרשה אי חשיב' טענת ברי ע' להרב פאת נגב ה"מ סי' ט"ו שעמד בזה ש"ך סי' קכ"ו ומעשה בא לפנינו ב"ל ופקפקנו בדבר ולא עשינו מעשה להיינו שבועה וכריכתא דליתנא של הטור וכמ"ש מהריק"ש ׳ (שם

יד לענין שבועת השותפים והברותיה הבאות בטע"ש כבר נודע מחלוקת הראשונים ז"ל כונא בטא"מ סי' ל"ג אי בעינן הודאה בפרוטה דוקא אבל בכופר לא וכתבו גדולי האחרונים דכמוחזק יכול לומר קי"ל כרמ"י וסיעתו ואין משביעין אותו אי ליכא הודאה ויעויין להרדב"ז ביסנות רמזו הרב כנ"הג שם דלא נפקא לן מידי אלא להנקוטי הפלא גרס בשתא דהקין היסת הפי' דליכא הודאה בכלום משביעין אותו ואע"ג דהיסת אינה באה אלא ע'ט בריא ה"מ בשאר טענות אבל בשותפין והברותיה דעיקרא על הס' גם בכופר הכל נשבע היסת אפי' בטע"ש והרב כמ"א ח"ב סי' ל"ז פליג על הרדב"ז וסובר דאיןכאן לא שבועת המשנה ולא היסת יע"ש ומעשה בא לידינו בבן הבית דבא להשביע שכנגדו בטע"ש ובלתי הודאה בכלו' ופסקו בי דינא רבה ועילא מינןהרבני' המובהקים מהר"ח עובדיא נחן ומורי הרב מהר"א עניו הי"ו דמחוייב ליסבע והרלתי לפניהם הדברים האמורים וכה השיבו לי דהכי פשטה הבוראה וסוג' דעלמא הכי אזלא אלו דבריהם ז"ל (עי' בפנים סי' ך

טו כתב כנ"הג בתשו' ח"ב סי' ק"י דפשטה הבוראה וסוגייןדעלמא הכי אזלא דשכירו' נקנה בק"ס ואין יכול לומר קי"ל כמ"ד דאין קונין בק"ס ורמזו הרב מט"ש סי' קנ"ה והכי שמעתי מפי מורי הרב מהר"א עניו דהכי פשטה הבוראה בעירינו קושטא יע"א ובזמנינו נמי הכי אזלא הסוגי' ואין פוצה פה (עי' בפני' סימן ב' ד' ד'

טז המנהג להגבות לאלמנה מעות בעין אם רצונה בכך שלא תרצה לגבות מטלטלי ואין כח ביד היורשים להגבות לה מטלטלי כך עשו מעשה בבי דינא רבה של באלאט הע"י ואילייהו מדברי מהרימ"ט ה"מ סי' ח' ועי' מהר"י באסן סי' ס"ז דברי אמת בתשו' סי' יו"ד דט"ל כנ"הג אה"ע סי' ק' הגה"ט אות ג' מהריב"ל ח"ב סי' כ"ה (נקונט' אה"ע

יז המנהג להגבות לגרושה מדודים ונדונייא והוס' הכל במשלם בלתי הורדה כלל כך העיד הרב מהר"א ב' יעקב (שם

יח עוד העיד שהמנהג להגבות לאלמנה אפי' מן הראוי ואפי' לתוס' ממע"פ והיינו דוקא ראוי דמלוה אבל לא ראוי אחר (שם

יט בני ק"ק ספרד כשיש לה זש"ק הבעל יורש את הכל וכן המתנות שמקבלין מאבי החתן והכלה ושאר העם וכן בנ"מ שהבעל יורש את הכלואה אין וש"ק חולקים הבעל עם יורשי האשה שוה בשוה ובטבעות של קדושין המנהג לפשר ביניהם והמתנות של ליל ב' הכל לבעל יען שמה שנותנים הוא בעבור הוצאות אכילה של בסעודה (שם

כ בני רומאניא כשיש לה זש"ק חולקין הבעל עם הזרע שוה בשוה. ובמתנות שמקבלין מאבי החתן והכלה ושאר העם וכן בנ"מ נוטל הבעל ג' חלקים וש"ק חלק אחד וכשאין לה ש"ק חולקי' הבעל עם יורשי האשה שוה בשוה וע' למהר"י באסאן סי' מ"ט דהסכימו רו"ב ורו"נ הלכה למעשה דבנ"מ הכל לבעל (שם

כא כל המנהגים הללו הם דוקא בידוע ומבורר מאיזה קהל הוא או מבני רומאניא או מבני ספרד אבל כשאין ידוע מאיזה קהל הוא מסתמא דנין אותו כבני ספרד עד שיביא ראיה שהם מבני רומאניא (שם

כב הוצאת קבורתה אם יש לו חייב להוציאם מכיסו ואם אין לו הוי מן האמצע והעיד הר' מהר"א ב' יעקב משמו של הר' הגדו' מהר"א פאלומבו דזה תלוי אם הוא נערך ופורע עריכה נקרא יש לו ואי לא נקרא אין לו (שם

כג הוצאות לחוליה אם הוציאם מכיסו הפסי' הכל משלו ואם מכר מטלטלי אשתו לצורך רפואתה מה שעשה עשוי דלא גרע מכלו ונאבלו וה"ה היכא דלא היה לבעל להוציא ובא אחר דחס על החולה והוציא מכיסו ע"מ לשלם גובה ממטלטלי החולה דמשכנן הבעל בידו או אף דלא משכנן אלא דהיו המטלטלי תחת ידו ורשותו וכך עשיתי מעשה (שם

גם זה ראיתי בתוך כתבי הקדש של הרב המחבר וראיתי להעתיקו כאן מפני שהוא דבר נצרך

אלו הם הקהילו' של בני ספרד הכתובי' בפנקס המלך ירו"ה דשם קיינדי יילין ׳ גירוש קאטלאן ׳ סיניורה ׳ פורטוג'אל ׳ אראג'ונוה שלום אלאמאן ׳ מאיור ׳ קורדוב'ה ׳ מיסינה ׳ סיסיליא ׳ בוכין ׳ המון ויירק ׳ קאלאב'ריז

ואלו הם הקהלו' של בני רומניא הכתובים בפנקס המלך ירו"ה כשם סורגונלים ׳ פולי ישן ׳ פולי חדש אכריד'ה ׳ סירון ׳ ייאנבול ׳ ויריא ׳ קאסטו' ׳ טיריא ׳ סאלוניקי ׳ איסטיפ ׳ דימוטיקא פאקאראס סינאף ׳ אדלייא איגריבוז ׳ ניקופול ׳ סמגייא ׳ פלאטייא ׳ אינדיריני ׳ בני מקרא

ק"ק ג'אנה יע"א עבר להשפרדים עי' מהר"י אל נקוה ז"ל והברת בני רומאניא וחברת בני ספרד ועיין לרבני עירינו ז"ל הובאו דבריהם בס'בני דוד פ' הלקין הלכות אישות ד"כ ע"ד והכ"א מ"ש ע"ג יע"ש

אם מנהג קושטא במהלית הסשבון הוא ע"פ תקנת טוליטולא או אינו אלא מנהג שנהגו פה קושטא זנ"מ טובא לענין דינא כידוע

הגה ראיתי למאורי דאתרין הרב הגדול ריש מתא מהר"ס אשכנזי ז"ל בתשו' כ"י דהעיד בנו דמנהג זה הוא ע"פ תקנת חכמי טוליטו' ושמוכות שלו מרבני עירינו שרכין תלתא הרא"ש ומהרא"כ"ח ומהרימ"ט ז"ל (שם

בנני מפתח פתוחה ס׳ משנת רבי אליעזר קב ונקי
נעזר גואלי ומלכי א׳להי אבי נעזר׳י

הל׳ דיינים ונדפס בטעות סי׳ קי״א

סי׳ קי״ד שו״ט על מאי דנהיגי ב״ד רבא ויקירא דלפעמים דאחד מן הדיינים היושבים על כסא ההוראה לא בא אל בית הוועד ועבדי עובדא לצרף לספרא דוקנא העומד אצלם בבית הוועד דהוא מוכן לכ׳ המעב״ד לחייב את החייב ולזכות את הזכאי כו׳ נהיגי לצרף לסופר לדונבן איש לרעהו עם הב׳ דיינים הקבועים וכו״ח במעב״ד כאשר יהיה המשפט והדין ומלתא כדנא כבר נהגו הרבני׳ הקדמו׳ לצרף לסו׳ עם הב׳ דיינים וכו׳ וחותם עמהם במעש׳ ב״ד ונו׳ שכרו משלם כו׳ אי ש״ד למעבד הכי או לא אי מותר לדיין ליטול שכר בטלה שם ׃ אי שרי דוקא בטלה דמוכח כו׳ האמנם היכא דהמלאכ׳ אינה מזומנ׳ כו׳ אי האי דינא דשכ״ט דשרי ליטול היינו דוקא היכא דנוטל יחד שוה בשוה שם אי נוגע בעדות אף באיסורין אי כשר מן התורה או פסול מן התורה שם ׃ והעלה דל״ש למעבד שידון הב׳ דיינים עם ספרא נב״ד העומדים שם בבית הוועד ואהג״ד יעיר קינו קן קולמוסא לבא בשור׳ דרך אר״ש במכתב הפתקא דב״ד מאי דעלתה הסכ׳ של הג׳ דיינים ונוטל שכ׳ כו׳ והדיין המכו׳ רב הו״ד יוסף אלפא׳נדארי נר״ו נטה להתיר ומני״ר מרן המחבר לא כן דעתו דעת עליון יע״ש

סי׳ קכ״ג על ענין ר׳ סירסור של גוי אחד הוציא כת״י א׳ על ש׳ דנתחייב ש׳ ושות׳ ס״מ לגוי ברבית ותבע הסרסור הקרן והרבית מש׳ הכל כאשר לכל יען דלשות׳ של ש׳ אין כל מאומה בידו וטען השות׳ רוצה להתדיין עם הגוי לפני ערכאו׳ הישמעאלי׳ מתרי טעמי׳ הן מחמת המליק של רבית והן דבדיני הגוים אין השות׳ חייב בעד חברו אלא חלקו לבד וכשיעור הקרן דוקא והגוי רוצה להתדיין לפני דייני ישראל מאחר דבכ״י הם חתומים הב׳ שות׳ וכתוב שכל אחד יצא בעד חבירו ערקו״ף כו׳ יע״ש

סי׳ קכ״ט שקיל וטרי בפסק הרב מהר״י הלוי ע״ע שהם באים הסוחר הערל והסרס׳ לפני ב״ד רבא לדון עם ר״וש שלוחו והגוי שקבל עליו לדון בדיני ישראל כו׳ אם יוכלו ר״וש להפטר בטענת קי״ל כמ״ד דב׳ מסופקים בפרעון פטור וה״נ כיון דגם הסוחר והלוה מסופקים פטור מלשלם ואף דטען הסרסור טע״ב ל״מ טענתו נגד ר״וש דמגו למי׳ לב״ד כו׳ ואססיה בא בברש׳ של הסוחר כו׳ או דאי שהיה נפרע הסרי׳ מרי׳ דהוי ברי בחיובא ובריא שלא נפרע וה הוא דעת הרב יצחק הלוי הנ״ל וגודלו של הר׳ הנ״ל מני״ר הרב המח׳ פליג עליה בתקנה שתקנו הנ״ל אי בכלל התקנה אחד גוי ואחד ישראל שוין שם ואם יכול לשלוח הברשא׳ ליד גוי

שם אם הברשא׳ של גוי יכול ישראל שלא לדון עמו כו׳ שם אם יכול להיות שליח לגוי לתבו׳ מישראל מה שחייב לו כו׳ ׃ והעלה דכפי דעתו דעת עליון הברשאה לא מהני מידי ומצי ר׳ לדחויי ליה לסרסור באומרו לא בע״ד כו׳ ׃ ושקו״ט ג״כ לענין השבועה אי מצי לאשבועי והרי״ה דעתו ד״ע דצריך לישבע כו׳ ׃ והר׳ המחבר פ״ע גם בזה דלא משגיא רצונו של גוי דאמר פיהם כו׳ ׃ והעלה דל״ש בא הסרסור בהרשאתו של גוי ול״ש בא הסוחר עם הסרסור בכל גוונא פטרינן ליה לר׳ והרי״ה הנו׳ עמד ג״כ דאם הסוחר פטר לר״וש מטעם דקי״ל דגברי מהימני הוא ועי״ז רוצה לחזור על הסרסור והסרסור בא לתבוע מר׳ ׃ והעלה דהסרסור משתעי דינא בהדי דר׳ ונפרע ממנו כו׳ והרב המחבר פליג עליה דר׳ פטיר מט׳ הסוחר ואין לה ביד הסרס׳ לאפוקי מיניה דר׳ ואף אם הגוי קא תבע מיניה דר׳ שרוצה להשביעו יש לדון דפטור ר׳ משבו׳ כו׳ ׃ דבגוי מלוה לא נאמר האי דינא דלירוק ועמד על תשו׳ הרשב״ש במ״ש דכיון דהמלוה גוי ואין שליחות לגוי כו׳ יע״ש ואם הערל תבעו לר׳ הלוה בדיניהם והוצרך ר׳ לפרו׳ לו לסוחר ועתה רוצה ר׳ לחזור על הסרסור בטענה דישבע הסרסור ויפטר ׃ העלה מני״ר הרי״ה דאין כח ביד ר׳ להשביעו לסוחר כו׳ ׃ והודה לו הרב המחבר ולא סמך על דעתו ד״ע אם לא שהסכים ע״י יד הי״ק מו׳ רבו הרב מנא דב״א ז״ל וסמך שתי ידיו עליו דהלכתא כוותיה ומטעמיה

הל׳ הלואות

סי׳ פ״ה שקו״ט לענין חזקה אין אדם פורע תוך זמנו אי דוקא קובע אמרו אבל אם לא קבע כו׳ נאמן לומר פרעתי והביא מהרמ״ה שחול׳ על זה ועמד בדברי הפרישה שכתב לימוד הרמ״ה כו׳ ואין האמת כן כו׳ יע״ש דקי״ל ע״כ

סי׳ פ״ו עמד במ״ש הרא״ש פ״ק דבתרא גבי מימרא דר״ל חזקה אין אדם פורע תוך זמנו דכ׳ דאף דאינו נאמן הלוה ומש׳ מ״מ צריך המלוה לישבע היסת כיון שטוען כלום טע״ב אבל ביתמי לא משבעי׳ ליה כו׳ אי האי דלא משביעינן היינו משום דמסייע לן החזקה דאין אדם פורע בתו״ז דהוא חזקה אלימתא כו׳ ׃ האי כללא דכל דמצי אבוהון כו׳ לא נאמר לענין היסת משום דאין נשבעין ע״ט שמא שם בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר אי מפקינן מיתמי ואף אי מפקינן אי צריך התובע לישבע היסת כו׳ שם לא אמרי׳ אין נשבעין ע״ט שמא אלא להפטר אבל כל שבא ליטול ישבע ויטול כו׳ ׃ שם ועמד ג״כ עמ״ש מרן בסימן סנ״ו שאם אלוקים הלוקח והבע״הב שהלוקח טוען במשכון נטלתיו והלא אומר איני יודע כו׳ דאינו יכול הבע״הב להשביעו משום דטענתיה שמא כו׳ יע״ש עביד אינש דפרע ביומ׳ דמשלם ומני׳ אי חשיב כתוך זמנו או כלאחר זמנו כו׳ ׃ שם ועמד ג״כ בסוגיא

דף הזכב דנשבעי' השלוחים לבני העיר במעמד הגבירים ונוטלין שכרם דמש' דאף דטענת בני העיר הויא טע"ש כו' עכ"ז נשבעים השלוחים מטעם דבאי' ליטול כו' יע"ש דף קי"ד ע"ב

סי' קיט

על ענין ראובן שהיה חייב לשמעון מעכסיו מנה בכל שנה לכל ימי חיי

ר'ואפי' עד ן' שנה והקנה לו מטלטלי אגב מקרקעי ואח"ז לוה מלוי ר' ש"מ ועתה בא ממונו של ראובן ביד יהודה שמכר ראובן ליהודה חזקה אחת מהבני פתחי הסוחרי' ועכבוהו ב"ד דמי המכירה בידו של ראובן ובאו ש"ול לסלע כמחלוקת דש' רוצה ליטול הסך הנו' מטעם דכבר ראובן חייב לו הכ"וכ שנים שעולם יותר מסך דמי מכירת החזקה ולוי טוען דאין לשמעון להיפרע מהךדמי המכירה אלא מה שנתרבה עד זמן ההלואה שלוה ממנו ראובן דעד אותו זמן השיב מוקדם אמנם במה שנתרבה אחר הלואתו לא השיב ש' מוקדם אלא אדרבא לוי השיב מוקדם מפני דבזמן ההלוא'דהל'ויונו של לוי עדין לא היה חייב ראובן לשמעון כדי שנאמר דנשתעבד נכסיו של ראובן לשמעון כו' יע"ש

סי' קכו

עמד בב' תשו' הרשב"א וי"ל דסתרן אהדדי שהביאה מרן ב"י סימן ע"ב

מחו' ט"ו שהש"ך סע"ק ק"ד כתב דדברי הרשב"א הם מוכחים דהיכא דבא לידו בתורת משכון לא בעינן מיגו כו' יע"ש

ח"ל טוען ונטען

סי' כב

ע"ד מנהיג אחד שמנוהו בני אומנותו להכניס להם ולהוציא להם כו' ועתה

קמו יחד ושאלו מאתו חשבון מההכנסה והוצאה שהכ' והוציא בידו וגם חושדים אותו במעול מעל ושישבע להם ועטן להם המנהיג כיון שנשאתא מינוהו המניח המנהו ע"כ אי"י כי הוא זה ולאו כ' כמנייהו למשאל ממנו לא חשבון ולא שבועה כו' ולענין השבועה שהו' לו אם צריך בג"א או היסת כו' שם והעלה דבטענת החשבון שפיר קא תבעי ליה בני אומנותו וגוה לדקו דבריהם המנה במה שטוענים עליו שישבע אינטענתם טענה דמלו לו' קי"ל יע"ש

סי' נן

ע"ע ראובן שהעביר ביתו בפנקס הב'אקו' ע"ש ש' לסיבת מה וכתב שמעון שטר

אמנה לראובן וכתב בשטר אמנה דכל עת וזמן שהד' אחה או ב"ך ממני או מב"ך שהעביר ואכתוב הבית בחוג'יט הבאקו"ף ע"ש או ע"ש ב"ך נתחייבתי כו' בש"א וגם נתחייבתי לב"ך להעביר ולהכתיב כו' ונשבע ש' ש"א ע"ד המב"ה עכ"ל השטר ושאל האיש אי אנים כחו לכוף לב"ך של ש' שיכתבו הבית ע"שר' מכח השטר דחייב ש' את ב"ך או לא כו' אי שאי שטרא הספא בעלמא כו' והעלה שאין ב"ד כופין את יורשי שמעון להכתיב הבית ע"ש ראובן כו' יע"ש דפ"ד ע"א

סי' פט

בש'הח"ר הוציא המלךנייר' הנקראים קיימים מסך חמשים גרוש' ומעלה כו' ובאו בפני ב"ד רבא בראובן

שלקח קיימי מסך אלף גרוש' ונתן מעות בעין ובשנקם ראובן ליתנו ולמוכרו לאחריני אמרו לו דהוא מזוייף כו' וראובן לווה בכרוכיא ותבע משמעון המעות כו' והשיב שמעון לא בהירא לי ואיני יודע אם זה הנייר הוא שמכרתי לך דלמו שלקחתי הנייר מגוי כך מכרתיהו ואפשר דהגוי אינה אותי או אפ'דוה הנייר אינו אלא אחר שהיה שלך ואינו מה שמכרתי לך אי חזקה דלא נתבררא אפי' ש"א אי אולי' בתרה שם והעלה דראובן זה שלקח שנייר מכרו ללוי א"כ מאי טעין שמעון איני מאמין ללוי שמא החליף באחר כו' ואין כאן טענת בריא מהובע כו' ואינו נשבע אפילו היסת דאין נשבעין ע"ט שמא

סימן צ

על ענין ר' דוה ימים נקטי'בלביה שנשאה נמורה עם אשתו והיה הוא

רוצה לגרשה והאשה היתה לא אהבה רבא עם בעלה ראובן ואח"ז דלא יכלה האשה לשבת עם בעלה מחמ' השנאה הלכה לבית אביה ותבע' מזונות כו' וגדלה המריבה בין האשה ובעלה עד שנכנסו אנשי מ"ע לתווך את השלום באופ"ן דהיינו בתנאי דאם יעלה רצון בעלה לגרשה בסו' שנה תמימה מחוייבת האשה לקבל גיטה מיד בעלה בלתי איחור ועיכוב כלל ואם תתאלמן בתוך השנה אינו יכולה לבא בט' דרו' לשבת ע"כ בעל' אלא תטול ש"מ מיורשי בעלה גם לא תוכל לתבוע שום מעות ושאר תביעו'דמחיים דבעל וע"ז נתקשרו כו' האשה ובעלה כו' ואחר ימים יען דהבעל אכתי לא נח רוגזיה מהשנאה שור בו מהחיוב דלאחר מיתה וצוה לעדיש שלא יכתבו את השטר כו' אלא החיוב דמחיים הנו' ולא היו ימים מועטים וגא נפשיה דראובן וקודם פטירתו הדיר את אשתו בקונס כו' ונדה והחרים את אשתו אם תהנה מנכסיו ויהי כשמוע אלמנה דהזר בו בעלה וגם דהדיר אותה מנכסיו ונדה והחרים לעקה כו' דעד כמה גדלה שנאת בעלה דאף דאינו בחיים עוד רביע עליא השנאה כו' ועמד אי מה שמיחה בסהדי שלא יכתבו את השטר אי ביטל החיוב מעיקרא מאחר דלא מטה שטרא לידה · דס"ק לכתי' עומד כו' ולא גמר להקנותו אלא בשטרוכיון דהבעל מחה בסהדי דלא יכתבו כו' ממילא בטל החיוב מעיקרא והעלה דכל דק"ס לא בא אלא לחזק גמר הענין לא נאמר האי כללא ש"ק כו' ואין לאחר קנין כלום ואין חזרת הבעל מגנא ומלנא כלל וכבר כתבו עדב"ד על פרט הלז יע"ש דק"ט ע"ב

סימן צא

חקר חקירת חכם בענין ת"ח שנתחייב שבועה אי משבעינן ליה

מטעם דאיכא חילו' התורה דכ"ז שלא נשבע אמרינן דשקורי קא משקר כו' ויעמד בסוגיא דשבועות דמ"א ע"א · ומ"ש בפ' שבועת הדיינים דמשבעינן ליה לת"ח מיושב ובתפילין משום כבודו כו' · אי ת"ח פטור משבועת היסת כו' והעלה דנ"מ בין הני תרי תירוצי ב"מ דמפיק שטרא מתותיה ידיה ופניס ליה לשטרא א"כ דינו כתובע ת"ח ומוציא שטרא תת"י ואומר שהוא פגום דלא משבעינן ליה לת"ח כו' יע"ש

סימן

סי' צב שקו"ט בהאי שט"ע דלאינ ניה ולא יהיה נאמן על קיום התנאים כ"א ע"פ עדים ואז יתחייב בעל המ' בהפסד ואחריו' וכן עתה מת המתע' ונפלו נכסי קמי יתמי ובא בעל המעות ותבע זכותו מינייהו דיתמי אי טענינן ליתמי נאנסו או לא כו'. אי האי דינא דטענינן להו ליתמי לא הוי אלא היכא דמילתא תלי' הנאמנות ש' אבוהון בטענה בלתי הבאת עדים אמנם היכא דאבוהון לא היה נאמן אם לא בהבאת עדים כו' או לא טענינן להו כו' והעלה הגם דאיכא מ"ד דטענינן מ"מ הסכ' ראשונים והאחרונים דלא טענינן יע"ש בדף קכ"א

סי' קט אן לריב ואלד אשר נפל בין עדת רופ'יט העקטארים של מהמוד פאשה שהנה יש מקצת בעלי חנויות מעדת הרופ'יט הנו' שהמה מביאים סחורות מעס' הנו' כו' כדרך הסוחרי' בעלי אוצאם שמוכ' הרבה ביחד אלא הם מוכרים מעט ועי"ז קמו שאר אנשי הרופ'יט הנו' בעלי חנויו' צועקים בקול מרה דמילתא כדנא רעה חולה כו' כי הוא סיבה לקפח פרנס' שהמה מסחרים ומביאי' הסחו' מעס' עקטארליק מקרית חולות ומוכ' ע"י בחנויותיהם והקונים מזדמנים הסחורות בחנויות ישנו תחת הא"פ דאיתר' וולא בסחורה ולא די שאין מרויחי' אלא שאחרמי' ביה פסידא בגוף הקרן ועוד רעה כו' שרגילות הוא שיש לכ"א מבעלי החנויות לוקחים מיוחדים ומקיפין אותן כאורח כל ארעא וכראות הלוקחים כזאת הגורם היזק גדול בהקפות והלואו' כו' עוד נתגלגלו הדברים ובאו רופ'יט הקואוים קובלים על סוחר אחד דשינה את עצמו מדרך התגרים כו' והיה סוחר זה עשה את עצמו כדרך בעלי החנות למכו' ע"י בזול הרבה ועי"ז הוצרכו רופ'יט הקואוים כמתו גם המה למכור בזול כערך שהיה מוכר הסוח' וראה הסוחר הנו' שעדת הרופ'יט היו מוכ' בזול עמד ופתח השכיר כו' ולא יכלו ויחדיו למש' נקרבו כו' אם יוכלו לעכב שלא ימכרו ע"י אי עעס לפסיק לחיותיהו מנן שויא או לא יע"ש

סי' קיג ונדפס בטעות סי' ק"י ע"ד שבא לפני ב"ד הנ' שטר חוב איך נתחייב פ'לפ' ס"ת לפורעם בשאק"מ כו' והכל בנאמנות כו' להר' פ' וב"ך ע' ועב"ך ע"כ א"יא כי הוא זה כו' בין על הכל ובין כו' עפ"ד הקל כב' ע"כ וקנין כו' ונפרע על הנאמנו' כו' ומ' ר' המתחייב ובא ש' ותבע מיורשי ר' בכח הש"ח שבידו ויורשי ר' הוציאו שטר מחילה מגיד או' איך נתפרע ש' מר' בעל דולתו כו' הנה עמדו לחשבון ש' עם ר' ונתפרע כל זכותו מתחלית העולם הנו' לו מירוש' דולתו עשפ"א כו' וכה אמר ליה ש' לר' יודע אני כו' ומחלתי מחילה גמורה בלתי שום שיור ואנכי חוב ובלי כתוב כו' וכל כתב ומכתב אשר יצא כו' בטל מחילה דנן לכלם בעל אותם מעכשיו ולאחרם ו' ואם ומן הש"ח והמחילה ביום אחד כו' שם אם ש כח בשטר המחי לבטל הש' החיוב שם וגופא דעובד' ה בא לב"ד רבא של הדרת תפאר' יקר וגדולת ש' רב המח' ז"ל והעלה דעתו ד' עליון דיד ש' על העליונה ואדרבה שטר מחילה היא מתבטלת מכח השט"א אשר ביד ש' וכן פסקו ב"ד שטבור וטרעט וכתב ואת התורה והרלה כל הרשום באמת להרבנים המו' גדולים לדיקים מהר"א עובדייא נחן ז"ל ומר רבו חדב"א והסכי' לדברו הטוב וכן נ"מ

סי' קכו שקו"ט בדברי ב' אשו' מהרי"ם שהביאם המרדכי פ' הזהב סי' רל"א על הא דקי"ל דאין נש'ע"ט שמא שמחלק היכא דהיה לו לידע כו' יע"ש

הלכות גבית מלוה

סי' ה עובדא הוה באלמנה אחת שבאה מדמשק אשת חבר הרב ז"ל בשליחות בנה ובידה שטר כו' ההוא איך הודה ר' דנקט מיד מר בע' סך עלו"ר ותובעת האלמנה איך לא נפרע מר בעלה ז"ל מחוש"ט זה אלא מעט מזער מסך משכונות דמכרם מר בעלה ז"ל ור' הלוה בא טעו'ן דהוא בעצמו מסר ביד הרב המו' מר בעלה ז"ל משכו' הרבה ואדרבא נשאר וכו' גביה והאלמנה טוענת דשקר ענה דהא כל מה שנטל מר בעלה מי' ש' ר' בא שעתא מסרם לידה כו' ומאותו זמן ועד עתה לא קדמה לה ידיע' היכן קביעות מקום ש' ר' הלוה מאחר דדרכו לשום לדרך פעמיו ממקום למקום כו' עד עתה דנתברר לה והוכרחה לבאת מדמשק לבא לעוב"י קושטא יע"א בכ' יגיעות ים וביבשה וגם הוצאת הדרכים ופזרה קרוב לאלף גרוש וכ"כ היא צריכה ג"כ לפזר מקושטא לדמשק ותובעת הכוצאה מר' דאיהו הגורם כו' אם היא נאמנת דלא היו עוד משכו' אלא אלו כו' יורש שהוציא שטר שיש למוריש אבל פ' כו"כ וטען היורש דהמשכון נאבד מן מורישו כו' שם מלוה דטען דנאבד המשכון באונס ושלוה בא טעו'ן כי הוא מכרו שם אי מחייבינן בנ"ד ליורש שבו' היורשים כדי להוציא מראובן שם אם מאחר דכתוב בשטר דנא ואפילו אחר ומנו יהא נדון כתוף ומנו אי דינא הוא דגובין מר' בלתי שבו' בכל שם אם נאמן המלוה במיגו ופטור מש' מודה מקצת שם אי בנו ומניה דלא חיישינן לפירעון אי חיישי' לדרדי שם אי נאמנו' מהני בש' היורשין אפי' דלא פטר ליה מש' היורשין בפי' שם ואסופא דמלתא העלה מאחר דכ' בשטר וקבל ס' הפוסק דמהני קבלה כזאת מאחר דקביל עלופי ועב"ך בכל אופן שיהיה איזה פלוגתא דרבוותא כבר קביל עליה ר' ס' הפוסק המחייב אותו והדין הוא עם אלמנה הרב ואליס כחה להוציא מתחת יד ר' בלתי ש' מכח הנאמנות אלא דצריך לקבולי עלה ח"ם יע"ש

סי' כח ע"ע ר' שנתחייב בעודו בחיים לב' בנות בניו לאה ורחל שמתו בחיי אביהם ונשארו מכל א' בת אחת יורשות נא' הזקן ונתחייב ללאה זה שנים ב' אלפים גרוש' והפרעון הוא שאק"מ ובפרק הליכתו לארי"י ת"ו נתחייב עוד ללאה סך אלף גרוש' ולרחל סך אלף גרוש כו' והניח ר' ד' אלפים גרוש

גרוש' לריוח היום ופירעון היכך הנו' כך הוא הכך ב' אלפים גרוש יפרעו נגא הכמו' של ראובן והפירות הב' אלפים גרוש' אחרים ירנו לאכחו הלר' עד גא השמועה דמתה ג"כ האלמנה ואזי יפר' הב' אלפים אחרים ובאה השמועה דמת ר' ובאה לאה לגבות אותם ב' אלפים במוקדם ואם לא יפרעו לה יפרעו לה הריוח שהרויחו עד בא השמועה מפני שהיא מוקדמת כו' אם הקדימה מגן הויא עס ׳ אי דיינינן במעות דין קדימה

סי' לד

הא דקי"ל דאפתדוף בנ"ח גבי ממשע' אם היינו דוקא מלוקח אבל אם קדם נע"ח מאוחר וגבה הקרקעות והניח מקום לב"ח המוקדם לגבות כו' ובוב הפתדוף לא עדיף מנע"ח המאוחר כו' והקשה על מור"ם ז"ל כו' ע"ש שק"וט מנ"ר רניה דרב המהבר הרב המופלא אביר הרועים תנא דבי אליהו עניו מאד ז"ל עם הרב הם ונבק מהר"י אסה ז"ל

סי' לה

ר' נלב"ע והשאיר אחריו ן' אחד קטן והניח כתו' אשה ובעי"ה ישראל כתובים בפנקס בלתי שום זמן מוגבל ושיעור הכתוב' לפי מנהג קושטא ע' אלפים וג' מאות גרוש' ושיעור כל נכסיו בין הכל שמונה אלפים גרוש' ור' הנפטר לא היה דר במ"א עם המלוה כי אם רחוק יו"ד שעות דמשם היה שולח הפרעונות כעס על ידו ופעם ע"י א ועתה רוצים הבע"ח לגבות את חובם מטעם שנמצא כתוב בפנקס המת אף שלא נמצא אפי' שכו' כתו' טוענים שיחלוקו היתום עם האלמנה נכסי המת כדינכשאין שם שיעור ב' כתובה והולקין כו' יע"ש

סי' לט

עובדא הוה בנערה ארה שמסר ונתן אביה ביד ההנו ס"מ נתו"ר' מדודים כו' ובהגיע פרק הנשואין ונשאו נתרעם אביה של הכלה על חתנו כו' מה תכשיטין עשית לכלתיך כו' והלך החתן וקנה תכשיטין לכלתו זהובים אוחן לה ואחר ימים מועטים מת החתן ואלמנתו תפסה אחד מן התכשיטין בעבור הנדוניא וכתו' והאלמנה מסרה א' מן התכשיטין ביד מי כדי לידע מה שומתו ואותו האיש הראהו לאחד מן הבקיאים בשומה ותכף ומיד תפסו הבקי בטענה שתכשיט זו קנהו החתן ממנו ונשאר חייב ס"מ מדמי המקי' ועתה האלמנה צועק' דכבר זכתה היא בתפיס' שתפסה מקדם קדמית' קודם ח' הבע"ח כו' דלוה ולוה כו' אם קדם וגבה זכה אפי' האחרון כו' אם עמד הראשון ותפסן לאחר גביינת המאוחר אם מוציא המאוחר זה מיד הראשון שתפס כו' שם ׳ ואם יש חילוק בין מעות לחפץ שם ׳ והעלה דאין כח ביד ב"ד להוצי' התכשי' מיד ב"ח המוכר התכשיט ומ"מ רמינן עליה דבע"ח זה שבו' שיפב' לאלמנה שהיא בעלת חוב נמי איך האמת דנשאר חייב לו החתן ס"ם מהחכץ הנו' כו' הגם דהאלמנה לא ידעה בבירור כו' והויא לה טע"ש מ"מ כך דינו כו' יע"ש בדף ס"ב

סי' זן

עובדא הוה באלמת נערה גדולה כו' ונ"ד מינו אפוטרו' עליה ובאו אפוטרו' והאלמת בפני ג"ד והוציאו שטר חיוב מגיד אומר איך נתחיי' ר' כו' להאלמת הלוו בעד טו' הנאה שקבל מהאלמת הנו' נתחייב ס"מ לשנו' ואפילו עד ן' שנה ואפי' אם יראה בעיני ראובן ליפטר מהכך הנו' נתחייב מו"מ כך אלף וה"ק גרוש' לחת להאלמת כו' ובנאמנות כו' ועתה מ' ר' והניח יתומים קטנים ובאו האפוט' יתמי ראובן באומרם דמה כחה של האלמת נו' להוציא ממון מת"י של היתומים כו' דנוקקין ליתומים קטנים היכה דרבית אוכלת נבם כו' דהגם דליכא פסידא עתה ליתומים מאחר דע"י השברה מגיע ריוח להם כו' אי מודקיקי' כו' דמי הזיכה לקטן ע"י גדול כו' ונאבד מידו של קטן שם ׳ ואי הייפי' במאה קיים המת מלוה פריע' בעודו בחיים כו' והעלה שכפי הטעמים שכ' כביר להוציא מת"י של היתומים כו' יע"ש דפ"ו

סי' ע

עמדו לדין בפני הרב המאה' מורשי הזמן עם חד מרבנן בר אבהן ובר אוריין ע"ל המנוח אחיו של הח' הנו' דהניח בן קטן יונק משדי אמו כו' ובאו בע' מורשי הזמן שיפרע החה"ם הנו' שהוא המשגיח כו' הוב העיר מאחר דלא הניח המנו' בן ממלא מקומו דכך נה במכתב גזרת מרבנן תקיפי כו' אשר מה"ע קובלים מורשי הזמן עם הח' רב ועצום הנ"ל דמאחר דלשון ההסכמה קורא בגרון דכל דליכא ן' ממלא מקום אבותיו נפרעים כו' ראשית כל חובו' העיר ואה"כ יזכה הבן בנחלתו א"כ למה ידו אוחזת בעכ"ב בנכסי המוריש מ"ך שלא לפרוע כו' דכך לשון ההסכמה כו' ועל דנא פתגם קרבו משפטם כו' קמי רבנן תקיפי ארעא וענו אותם דבר כי שורת הדין מחייבת כו' כי נכסוהי דבר אינש משתעבדי וקיימי לפירעו' החובו' ומעלת שחכם הנו' טען כו' דכל לגבי דידיה ההסכמה אינה אלא כשהבן גדול כו' האמנם כשהבן הוא קטן לא בא בהסכמה כו' וטעמא טעים כו' ועל טענה הלזו השיבו מורשי הזמן כו' הא אינה עד שיגדיל הבן כו' נכסים מתמעטין ע"י בזבוז ופיזור ועוד דלשון ההסכמה הוא כולל בין קטן בין גדול כו' ועוד נהאי לישנא שכתוב בהסמה כי שורת הדין מחייבת כו' כי נכסוהי דבר אינש הנה הנם משתעבדים כו' אי כונתם דמדין תורה הוא ולא מן התקנה כו' ועמד בתשו' ידיו של נמה ה"מ סימן ק"ו שכתב על כי האי גוונא וכן אם הוא בן קטן נכנס האפטרו' במקומו ואינו פורע כו' שם וכגוונא דנ"ד בא מעשה בשנת התקפ"ט בראשון שמת והניח ג' בנים הב' קטנים והאחד הגיע אור לי"ד ומעלת האפטרופוסים הם היו מגדולי הדור הכנים הטובים ודהבא פריכה בידייהו להבילם ובאו לדין לב"ד רבא ההבניש ראשון לכל דבר שבקדושה מר רבו תלב"א ז"ל ומהר"ש ן' טובס ומהר"ש חיים ז"ל ועלתה הסכמתם במוט"ב הלכתא דאין לנטות ימין ושמאל מלשון ההסכ' ונכתב ונכתם מעב"ד כו' והעלה דאין טענ שתפוש' מועיל כו' יע"ש

סימן

סי' קח אלמנה אחת שהיתה לה מולייא אחת שהיו מיינים לה כוללות בעיר בפאטריק אחני סך ארבעה אלפים גרוש' ואמרה לר' שיתחדל בעדה לגבות הרבית ע"י מדי שנ"ש ונטל ר' המולייא ונתנו לה לאביו יעקב שיגבהו ע"י ובא יעקב ונטל המוליא והלך לפאטריק אחני וגבה כל הקרן בש' ונתנס לגוי אחר והיה זה בזמן הקטרוג ש' הגריגום ומאז ועד עתה היה נוטל יעקב הרבית שעלה מדי שנ"ש והיה שולח לה להאלמנה והן עתה עיקב ידו הגוי שלא לשלם שום פרוטה לא מהקרן ולא מהרבית ובאה האלמנה לזעקת ע"מ וע"מ , ר' מסר המולייא ביד אביו יעקב שהיא הוש' אותו דשמא המעו' שגבה מהפאטריק אחני לקחם לעצמו ועבר על שמו חוב זה שהיה לו על הגריגום כו' ועוד טוענת האלמנה אמאי לא נטל משכון מיד הגוי הלוה ור' השיב דבעת מסירת המולייא בידו אמרה לו האלמנה דכל מה שירא' בעיניו יעשה ולפיכך מסר המולייא ביד אביו יעקב והוא מוכן לישבע

ש"ה דכך אמר לו האלמנה הנו' , אי מיקרי פשיעה במה שהניח מעו' האלמנ' ביד גוי בלתי לקיח' משכון שם , אם גוי זה הוא עשיר והכל מריצין לו מעות בלתי שום משכון כלל אם גם זה מקרי פשיעה דנתן המעו' בזמן הערעור של הגריגום שם ומה שטען יעקב דשוא נמי הניח המעות אי הויא טענה יע"ש

הלכות עדות

סי' קלב שק"וט בדברי התוס' ז"ל פ"ק דמכות ד"ו דבממון אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול משבעינן ליה אפומא דעד כשר , יע"ש מה שהביא מהרמ"ה והגאונים ומתשו' הרי"ף יע"ש דקפ"ג ע"א

סי' קלג נסתפק מני"ר הרב המחבר זיע"א במקום דעדות עד א' אהניא לן כבי תרי כגון עדות אשה וכיוצא ובאו שנים והעידו שניהם כאחד דמת וקברנוהו ונמצא א' מהם קרוב או פסול דבטל כל העדות היינו דוקא בעדות דבא' מן שניהם לא מהני עדותו ובעי צירופ וכיון דנמצא א' מהם פסול נמצא דנתבטל הצירוף כו' לא כן בעדות אשה דעדות עד א' ועדות ב' עדים לחדא שוינהו רבנן א"כ עדות הכשר אהניא לן או דילמא כיון שהכשירו חכמים בעדות אשה עד א' הוא מטעם עיגונא דמ"הת אף בעדות אשה בעינן תרי שהדי א"כ הכא בב"ד ליכא אפילו עד א' דהא בעינן צירוף ונמצא דנפסל מן הדין אפי' העד הכשר ועמד בדברי הכנה"ג ח"מ סימן ל"ו ובא"הע סי' ע"ב הגב"י אות י"ב שהביא מתשובו' דרבוותא דהמקדש בע"א דחוששי' לקדושין היינו דוקא בע"א כשר ברם היכא דבאו ב' עדים ונמצא אחד מהם פסול דבטלה כל העדות כו' ונשא ונתן בזה עם מהר"י הלוי והוא אמר דלדידיה פשיטא דהא דאמרו נמצא א' מהם כו' עדותן בטלה היינו דוקא במקום דבעינן צירוף אבל בעדות אשה דלא בעינן צירוף אם נמצא א' מהם אהניא לעדות העד הכשר יע"ש דקפ"ג ע"א

הל' מעמד שלוש

סימן גל ר' דהיה חייב לש' ס"מ ומסר בידו לפרעון מקצת חובו פוליס' אחת מזוייפת ואמר לו ש' דמגן שויא האי פוליסה מאחר דהיא מזוייפת והשיב לו ר' מלוי נטלתיו והודה לוי דהאמת כן הוא וגלגלו הדברים דבאו לב"ד רבא הנסים הללו שלמים וע"י חשבון דר' עם לוי היה חייב לוי לר' ס"מ ובאותה שעה במעמ' שלש' אמרו ב"ד הק' דלוי יפרע לש' מעות דנשאר חייב לר' ואח"ך עשה חש' לוי עם ר' ופרע לו כל חובו וכשבא ש' לגבות דמי הפוליסה מיד לוי השיב לו דקדקתי בחשבוני ועתה אין אני חייב לר' כלום כלל אלא ר' , טעיתי בחשבוני דיכול לטעון אם הוא דוקא דבשעת הודאתו דהודה היה מוטעה מעיקרא שם , מאחר דבריא הזיקא לש' דכל א'וא' דוחה אותו וז"ל שכא כו' שם והעלה דיש להפך בזכות שמעון יע"ש

הל' נאמנות

סי' עט על ענין שטר שהיה כתוב בו נאמנות גמורים כב' עדי' כשרים למלוה וליורשיו עליו ועל יורשיו ומת לוה בחיי מלוה ואח"ך מת מלוה ובאו יורשי מלוה לגבות חובם מבני לוה וטענו יורשי לוה על בני מלוה פרענו לכם ובני מלוה טוענים להד"מ ועוד דככר יש לנו נאמנו' מאביכם עליו ועב"ך ויורשי לוה טועני' דכונת הנאמנות של אבינו הוא דוקא שבוע' דהבא ליפרע או שבו' שלא פקדנו אבל שבו' כזאת לא עלה ע"ד אבינו ואפי' אם יהיה באפשרות שעלה ע"ד אבינו אף בכה"ג לאו כל כמיניה שכבר נתרוקן וכו' ומסיק וכתב דמלי שמוחזק לומר קי"ל אף דרובן ש' גדולי אחרונים לא ס' כן (ועיין להרב חיי אברהם מ"ש בענין דומה לזה הרב שמגיה המלאך רפאל ן' אשון מ"ש בזה בד"ש נמת מלוה בחיי לוה ובאו בני מלוה לגבות חובם מהלוה עצמו וטען עליהם פרעתי לכם ובני מלוה טוענים להד"מ ועוד דאנו נאמנים לך מכח הנאמנו' והלוה טוען דהוא לא האמין לכם אלא שבו' דנופלת מכח יורשים יע"ש) היכא דכתב והאמינו עליו ועל יורשיו לו וליורשיו כו' מהיות מין שבו' פטרם כו' שם ע"ש דקי"ח ע"ב

הל' הרשאה

סי' נ"ד נשאל בהאי שטרא דהוה כתיב ביה לפ"ע מ"מ באו פ' ואשתו ואמרו לנו הוו עלי ע"ג וקנו כו' שאנו מקנים ד' אמות קרקע כו' לפ' ופ' ואגבן אנו ממנים אותם מורשים גמו' לפקח ולהשגיח ע"ב הקירים דאית לנו במולקי' לגבות אותם מהקייראג'ים הדרים במולק'י ולשלו' לידינו כו' ונתחייבו האשה ובעלה שלא לבט' הרשא' דנא כו' , ונתברר הדבר מעלשיו והוא שאם יהיה נעדר האיש תחילה שישלחו המורשי' ס"ס באשתו

ש"מ לאשתו ואם נעדר השבה קודם שישלחו לאיש ש"מ וכנותר מהקירים יהיה לצורך הוצאות מירימיט כו' עד שימותו שניהם כו' ולקיים כל הנז"ל קנינו כו' ולאלומי מילתא לקיים כל הש"כ בשטר הרשאה דנא קנינו מיד ג' בניו ובאה השמועה דמת אביהם ובאו בניו לסלקם להמורשים הנז' נאמרם דהנה רוצים ליטפל בגביית דמי השכירות והנה הנם מוכנים לשלוח לארץ אחת השקפלייה מר אביהם וגם הוצאות המירי' מיטיש המה יוציאו ע"י כאשר ביתה נאמנ' ביד המו' אי מיהה מבטלת הרשאה שם , וכיון דהיורי' מוחזקים במאחר דמת נפלו נכסי קמי יתמי אי מצו למימר קי"ל ככת השוברים דהרשאה מבטלת במיתת המרשה שם , אי הרה ומחה שקולים הם שם אי משום לקיים דברי המת כו' שם אי מצו למהוה ביד המורש' אי לא מצו שם יע"ש דפד ע"ג

הלכות שלוחין

סימן קכג
נו"ן בהא דאמרינן אין שליח לד"ע כו' מקשו' רש"י שהביא המרדכי והביאו מרן ביו"ד סי' ק"ס וז"ל והקשה רש"י שיאמר ישראל לישראל הברו לוה לי מעות מישראל ברבית דלא מקרי בר חיובא הישר' מאחר דליתיה באתרות דיבא לידו איסור וה אי אמר האי כללא דוקא באיסור תורה יע"ש

הלכות תקנות

סימן צג
הק"וט במחלוקת מהרי"ט ומהרד"ך היא במילתא דלא הוי משום גדר וסייג אלא תקנה הוא שתקנו לשום סיבה אי אמרינן דבכלל תקנתם תקנו נמי מילתא דלא שכיח כו' והעלה דודאי מילתא דלא שכיח לא תקנו יע"ש

הלכות חשוד על השבו' ואין נשבעין ע"ט שמא

סימן ס'
על ענין ר' דהיה לו חובות בגוים בשטר ואמר ר' לש' קח לך שטרי חובות הללו של גוים דחייבים לי ולקודן עמהם ואני אתן לך שכרך וש' לקח את שטרי חובו' הנז' ותבע אות' בערכאות שלהם ופיזר ממון רב ע"ז וגבה מקצת מהחובות הנז' ובא ש' לתבוע מר' דמי ההוצאות שהוציא וש' הוא חשוד על השבועה ונסתפק הרב המחבר מאחר דאין זכות לש' לגבות דמי ההוצאות אם לא בשבועה כדין המוציא הוצאות שצריך לישבע כמה הוציא והוא חשוד לא מצי לישבע וליטול ולהפך לר' לא מצינן מאחר דהוא שמא אם נוטל ש' כל ההוצאות שהוציא בלתי שבועה או לא נוטל כלום ועמד בדברי התוס' ש' מציאת האשה ד"ם ע"א דכתבו דאיכא תרי גווני נשבע ונוטל כו' שם היכא דהחשוד הוי מוחזק שהיה דינו מן התורה ליטול בלא שבועה
אם יפה כח החשוד שנוטל בלא שבו' או אינו גובה חובו כלל שם ואם היה אחד מן הנשבעין ונוטלין חשוד אם תחזור אותה שבו' בעצמה על הנתבע או לא שם , והעלה דיפה כחו של ש' וגובה בלתי שבו' ואלי שמעון למימר קי"ל יע"ש דפ"ט ע"ב

סי' עד
מקו"ט בהא דקי"ל דאין נשבעין ע"ט שמא אם רוצה הנתבע עצמו לישבע ולאמת דבריו אם יכול לישב' או לא והב"א מהרש"ם יונה שחלק על סברת האומרים שאינו יכול לישבע והביא הרב המחבר סיוע לדברי מהרש"י וחלק עם הכנה"ג וז"ל שס"ל היפך מהרש"י יע"ש

ה' מודעות

סי' חן
מקו"ט בענין פיסול העדים דתיקן הרשב"א שהרבה מגדולי אחרונים סברי דהרשב"א חולק על הר"ן וס"ל להרשב"א דאף אם מסר מודעא אף על פיסול העדים לא מהני המודע' כיון דפסלינהו כו' ועמד בדברי הרשב"א אם הוא דוקא היכא דלא נשבע שלא לבטל המודעה ומה שהוא מוכר ונותן אינו מרצונו ובל"ש כו' והביא כמה פוסקים דס"ל לדעת הרשב"א דבכל גוונא אמרה הרשב"א והעלה דאין כח בידינו להוציא ממון יע"ש דפ"ח ע"א

סי' קח
על ענין המודעא דכתוב בה וכה דברו אנינו הלא תדעו איך הר' פלוני חייב לנו סך עלו"ר וזה ימים שירד לשברים ומבקש מבע"ח ומאתנו להתפשר עמו ע"כ שלא בטובתי' ולעיניו' כאל אין לאל ידינו לעשות עמו דין בעבור שהוא נחבא בבית ע"כ אמרנו בלבנו להודות לו בכל אשר יתבע מאתנו עד אשר ישוב ויתחיל לישא וליתן ונמצא שעת הכושר לגבות חובינו והרי אנחנו מוסרים מודעה בכל מה שנודה לו ואף דיבקש מאיתנו לכתו' לו שטר מחילה ופטורין הכל הוא ע"צ האונס ואף שנשב' לו ש"ח על זה אנו נשבעים לו כדרך האנוסי' ובשבו' הוצאת השבו' מפינו הרי אנו מכונים בלבנו דכל זה דאנו נשבעי' לו שהוא ע"ד שנלך חוץ ג' ימים לפסקה שהיא לעיר אדרייאנו באופן שכל שלא נלך חוץ ג' ימים לעיר הנז' לא יחא חלות לפשרה ואנחנו העדים דאינו נרת נפשו וקבלנו מהי' מודעה זו והכרנו באונסם ונשבעו בפנינו שבו' חמורה שלא לבטל המו' כי אם על האופן הנ"ל או בפני ב"ד הגדול שבירוש' או שנאמר המודעא דמסרתי בפני פ' ופ' בטילה שיא אם יש יכולת בידם לפוש דינא להוציא מכח מודעא הלוו מיד הלוה שם אם הלוה לא הגוים אלא מצד עצמם נתפשרו אם זה מקרי אונס שם , אי פשרה דינא כמכר שם ואם היכא דהחוב הוא ברור שם אי דין מתנה יש לה שם אי אונס דאתי ליה מנפשיה חשיב אונס שם , והעלו מעלת הרב המחבר ובית דינו הטהור ומנהון דרבנן הרב המופלא מהרחע"ן ז"ל לפטר בניהם יע"ש

סי' קטו
ונדפס בטעות סימן קי"ב על דבר רו"ש שהיו שותפים ונתפרדו ועמדו לחש' ונתפשרו ונשתלמו וכתב ר' לש' שותפו שטר מחילה ופטורין כתחו"ל וכתוב גם שמחל כל טענת אונס ומודעה ומעתה ומעכשיו נתחייב ר' סך חמשת אלפי' גרוש' לש' חיוב גמור כתחו"ל וזמן הפירעון נתחייב לפרוע

לפרוע בזמן שיערר ר' על המחילה דבא ואפי' שיהיה הערעור ההוא ע"פ הדין או מאמת מודעה או טענה אחרת על הכל חיובא רמיא על ר' לשלם כל הסך הנז' בשלמות וקבל ש' ההפסק כו' ונשבע ש"א לאסר ולקיים כל הנ"ל בביטול מודעי ואחיאי עליה חרי' שהדי קשוט ומקויים בב"ד רבא ועתה בא ר' המוחל לערער על המחילה שהיה אנוס שקבלת סחורו' שנשארו בשות' היה תחת יד ורשות ש' ולא היה רוצה ליתן לו את חלקו בעבור זה נתרצה בפשרה וכבר מסר מודעא שאמר לקבלת אנשים דעו אתי קי אנסי שאב"י קי טודו לו קי חרי אי אטורגארי סו אנוס אי עולו אים גאדה וש' טען כי ח"ו לו עלה ע"ד מעולם לגזול את ממונו אלא שהיו הפרשיות על ענין השות' ונתפשרו ע"י המחווכים ועשרו חשבו' ומסר בידו את חלקו וע"ד זה מלכים מזיינים זה עם זה הרב מהר"א שילטון ז"ל פסק דהמודעה מגן שויא אמנם שכנגדו חלוק עליו הרב הנכור ההוא אמר דבגילוי מלתא בעלמא סגי והמודעה קיימא והרא"ש שרעט וכתב פסקא דדינא ושלחו להרב המחבר ז"ל ועמד הרב המחבר ז"ל אם אדם תובע לחברו והלא כופר ומפשרים ביניהם ומוחל לו השאר אם זה מסר מודעא אי קיימא או לא שם כל היכא דלא כתיב במודעא הכרנו באונסו אלא דלסיבת מה הוצרך למחול אי המחילה קיימת והמודעא בטלה שם · אי קודם הפשרה מסר מודעא שם · כל היכא דהתביעה אינה ברורה ונתפשרו וקדם ומסר מודע' ולא בירורו העדים איך הכירו באונסו אי המודעא מגן שויא אם נשב'בש"א במחילה אימהניא המודעא שם · ואסופא דמלתא העלה דהמודעא מגן שויא וכמו שפסק הרב המובהק הרא"ש ז"ל יע"ש דקנ"א

סי' קלא

ע"ד ר' דהיה חייב לש' סך עצום ונתחייב לפורעם לזמנים מוגבלים ובהמשך הזמן פרע ר' לש' מקצת ואח"ו ירד לשברים ומחמת אנא ואנא כי נורח הוא מהסוחרי' בעס"ה וכאשר דחקוהו הסוחרים בעב"ה לגבות כ"א מהם וכותו הוצרכו הבע"ח ליתן גמר בדבר לעשות פשר דבר עם ר' ולבטל כ"א מהם ראשה פורסיון כפי מה שנוגע לו וכתבו הסוח' בעה"ח כתבא דרשים איך רצו ויאותו כמה שנוגע לו לכ"א לפי חשבון ואחמו כ"א מהסוחרים נ"א כנהוג ודרשו ג"כ נאתם' שגם הוא יבא על החתום בכתב רצוי הקוראתם וימסור הכת"י ואז יתנו לו חלקו לפי חשבון הקוראתם דאי אפשר לו' ונקה ענה אמן בע"פ ואחם בקוראתה ומסר הכ"י וקודם שחתם ש' בפשר הקוראתה מסר ש' מוד' בעדים כי כל מה שאמחול הוא ע"י האונס דאם לא יחתום קרוב לודאי שיאבד כל החוב · אי אונס הבא לתלוה מחמ' פשר הקוראתם אי הוי אונס שם

הל' ערבות

סי' נה

שקו"ט על אשה שנתערבה בעלה אי שייך טענת נחת רוח והביא מכמה רבוותא דבערבות ליכא טענת נחת רוח יע"ש

דפט ב

הל' חזקות

סי' נא

ע"ד ר' שתבע את ש' בטענה לא מן חן החנות שאתה יושב בה מפני שהחנות הנז' היא של מורישי כאשר ידוע לכל וש' טוען כנגדו ואמר לר' חנות זה אני לקחתיה זה יו"ד שנים מלוי ולוי לקחה מאחות אביך וב"כ של לוי אומר דלוי עלתה לו ידיעה איך החנות היתה של זקנו של ר' ומה שלקחה מיד נחה היינו מפני שאביה נתנה לו בתורת נדוניא ובאה אחות אבי ר' וטענת אמת שלא היה שלי הנה הסך שלקחתי הנה הוא בידי קחינו ומסר המעות ביד ב"ד ועמד בתשו' הרא"ש כלל נ"ט סי' ד' דכל דהחזיק במחזיק ג' שנים ומביא ראיה הלוקח דמי שמכרם לו דר בו יום א' טוענים לו כל מאי דהוה מצי טעין · יורשים שירשו ושנים מהם החזיק בפני שאר אחים יותר משני חזקה ואח"כ מכרו לאחרים וקמו יורשי שאר האחים להוציא מיד הלוקחי' שם והעלה דוכה ש' המחזיק בחנות הנז' ומעשה כזה בא לפני ב"ד הג' של הרב המובהק מהר"א עובדיה נתן ז"ל ודנו הם כמו שכתב הרב המחבר

סי' פז

שקיל וטרי במחלוקת רשב"ם ודעימיה דבפלוגתא דרבוותא בקרקע לא אמרינן דאין ולאו ורפיא בידיה יע"ש דקי"ו ע"ב

סי' קיט

ונדפס בטעות סימן קי"א חקר חקירת חכם במי שהקנה לחב' קרקע ואין הקנין מועיל לפוס דינא אם ראהו המקנה משתמש לקונה בקרקע אי מהניא האי חזקה ואם המעות הקניה הן בעין שם אי אמר לה הרי את מקודשת לי לאחר שתגדל שם ועמד בדברי מהריט"א ז"ל בסי' ה' יום טוב דקפ"ט ע"ב יע"ש

ה' נזקי שכנים

סי' ג

על ענין ר' דפתח חלונות מניחו לחצר ש' וש' מחמת טוב שכן קרוב לא מיחה בו אך ביקש ממנו אות אמת להיות בידו לראיה גמורה שעשויות על צד החסד שכל עת וזמן כו' חייב ראובן לסותמם וראובן עשה לו שטר בעדים שר' הודה הודאה גמ"וק שש' עשה לו חסד לפתוח חלונותיו ולא מיחה ונתחייב ר' שכל עת וזמן שיטעון ש' או ב"ך ע"ד החלונות לסותמם כן יעשה ואינו יכול לטעון החזקתי ומתו רו"ש ובאו לדון בני ש' ותובעים מבני ראובן שיסתום החלונות ונסתפק מעלת הרב המחב' כיון דלא כתב ב"ך אלא לגבי שמעון ברם לגבי ר' לא כתיב ביה ב"ך ואיכא למימר דאין כונתו של ר' לגרוע כח בניו שלא יהא נאמן לטעון טענת חזקה או טענה אחריתי אי אמריאלי ולא ליורשי או אפי' ליורשי שם ובסופא דמלתא העלה לענין דינא כיון דלא בא ר' בטענת מכירה אלא כך מלאתי מאבי אם באנו למחלו' כו' ואם ב"ך של ש' בעל החצר רוצה לבנות בית יכו' לבנות

לבנות בטענת קי"ל ובשלי אני בונה ואם אינו בונה אלא רוצה לסתום החלונות אינו יכול משום דזכו ב"ך של ש' בטענת קי"ל יע"ש ד' ד'

סימן ד

עובדא הוה בר' שהיה לו בית סמוך לבית ש' ובא ר' וכתב ג'אמליק

בניתו הפונה על גבי קרקע חצר ש' ליהנות מן האורה מצד אויר חצירו של ש' וכראות ש' שפתח ר' על גבי קרקע שלו היה רוצה לסותמם ור' השיב כנגדו דזה זמן רב שהם פתוחים והוצרך ש'לבא בדינא ודיינא ובאו להתדיין לפני רבני הדור ב"ד רבא של באלאט וסדרו טענותיהם ועלתה הסכמתם לחייב לר' לסתום כל מה שפתח שכך שורת הדין וכתבו מעב"ל על זה וכראות ב"ד רבא שאין לר' שום זכות וחזקה הוכשר בעיניהם והילו פני ש' בעד ששה שנים רצופים יניחם החלונות פתוחות והקנה ש' לר' גוף הקרקע לשימוש האויר לזמן ששה שנים ובתש' הזמן הנז' רשאי ש' לסותמם ועל דברת הב' חלונות גדולות שמהאחד צופה ומביט לגינתו של ש' אותו החלון רשאי לסתום והב' יעמדו לדין וחתימיה עליה הרב מהרי"א ז"ל ודיסרן סמיכין עלוהי ואחר קצת ימים הלך ר'לפני דייני הב'אקוף אולי ימצאון לו זכות בעד ההלון הפונה לאיסכאלה וכראות ש'כן נטל רשות מתוהרי"א להתדיין לפני דייני הב'אקיף והוצרך לפזר סך חמש מאות גרוש' כדי להביאם לדייני הב'אקוף כדי שיראו החלון ונתנו לש' הילאם איראין לר' שום זכות בחלון ובתוך זמן ששה שנים בא ש' ומכר את חצר הבתים ואת החרבה כל זכותו אשר היה לו ללוי שהיה דר בבתים הנז' בשכירות ולר' הנז' בעל ריבו חלק בחלק שוה בשוה ובא ראובן והפציר בלוי שות' ע"י אהובים שישכיר לו מקום בחצר השות' לפתוח בו חלונות ואינדיליקים יען שהאינדיליקים הפתוחות עתה הן מעט מזער ולוי כדי לאהוב את השלום הודה עם ראובן שותפו והשכיר לו מקום כדי שיפתח ראובן חלונות ועשו

שטר שכירות ואחר קצת ימים בא ר' והוציא מגג ביתו כנף הנקרא שאנ'אק ע"ג חצר הבתים ולוי צווח כברוכיא ור' השיבו מה אתה מתרעם וכי אתה לבדך לקחת גם לי ולך וכותי' והיה לוי מחור אחר ראובן כדי שיסתור את הכנפו'שיה ר' דוהב אותו נקש ובאותו פ'בא לוי לפני א' מן המורי' החשובים קובל ומתרע' ונמתק שפתיו של הח' הנז' כו' ׳ גם רוגזו של לוי ואחר ימים ע"י פיוור ממונע"י וירעוני גינה בקרקע של החרבה ומאספות ירים ונעשה שדה גינה ולהיו' שר' במכך ומן השבה שנים קודם שהשכירות בא ר' ופתח פתח א' קטנה מביתו על החרבה ויען שמעון באותו פרק לא היה דר בביתו בחצירו לבינת מה ונשאר חצר הבתים הנז' מבלי יושב ובאו אנשי'ריקים וקניעו דרחם שטוענו שם מקום זונות וע"י ז ברחו כל השוכרים וע"י"ן בא ר' ועשה כרצונו ולא די שעשה הפתח הקטנה כנז"ל עוד גם שעשאו גדולה ובא לוי קובל ע"ו ובא ר' ורוצה לבנות דלתות ע"ג חלונותיו ולהאינדיליקים שפתח בשעת השכירות וכראות לוי כן קרבו לב"ד הצ' אם השכירו'שהשכיר לוי לר'כדי ליהנות מן האורה אם זכה בגוף הקרקע שם ׳ כיון דאית ליה לר' ג'ארדאקי א' בנוי בתוך חצירו במו' שכירות ולא השב לוי לחשוב דילמא איתרע ביה מלתא בשטר השכירות בנפילה וכיוצא ויבא עליו ר' בטענה דמכר וגם אם מת טענינן ליורש וכיון דכן נימא דשמי בידיה דר' לבנות דלתות כו' שם ׳ אם מאחר דיש לו זכו' בחצר להשתמ' שניהם יחד בגוף החצר הרי ניזוק ללוי כו'א"כ מהאי טעמא נמי יכול ר' לפתוח חלונות תביתו לחצר הנז' כו' שם ׳ אי מטעם קי"ל זכה ר' בשאג'אק כו' שם ׳ היכא דאיכא שום ש' בעיקר השכי' שם

ואסופא

דמילתא חני תנא דלאו כל כמיניה דר' שות' לוי ואין טענותיו של ר' מספיקות היפך קצת מהמו' שזכו לר' וכתב כל זה להלכה אבל למעשה לא סמך ע"ד דעת עליונאס לא בהסכמת האחד המיוחד רבי' דרב מני"ר רב גוברי' ורב חיליה חני תנא דבי אליהו עניו מאד זיע"א וסמך שתי ידין עליו להלכה ולמעשה כוותי'ומטעמי' יע"ש ד"ו א

סי' מח

על ענין ר"וש שבנים דיש לכל א' וא' חנות בפ"ע בידיק וחזקת החנות המיוחד לכל א' ואחד וחנותו של ר' בקיום'י של שני לדי רשו'הרבים וחנותו של ש' לפני רשו'הרבי'של מקום א' וחנותו של ר'היא היתה יותר גדולה ברוחב באמת הבנין ועתה בא סגוי למכור המולקיי של השתי חנויות הנז' ובאו ר"וש ולקחו השתי חנויות בש"ת ונתנו המעות בשוה ועתה נפל הפרש בין ר"וש הנז' יען דיש לפניסמהשני חנויות קרקע פנוי דמקתמשי' בו ׳ ר"וש בשות' ובא ש' ותובע מר'בטענה בואו ונבנה חנות א' באותו קרקע פנוי הנז' דפונה לצד ר"ה השני הסמוך לחנות ר' להשכירו וגם רוצה ש'לבנות ע"ג ב' חנויות הנז' בתים הפונות לר"ה השני מפני לדי ר"ה ור' טוען איך אפשר לבנות חנות סמוך לחנותי שהרי כל מגמתי דלקחתי מולקיי החנות הנז' ביותר משוויה הוא שמא ה"ו למחר יבא מפו'אז שרפ' ולרי'אני לבנו'חנותי יותר לפני'באותו קרקע בנוי עצמו וטוען ר' דלכך התנה עם ש' קודם נתינת המעות לגוי דאינו רוצה בשות' בשאר שות' דעלמא דזכות הקרקע משותףבעירוב דיש לכ"א וא' זכות בכל אמה ואמה של הקרקע מחצה לזה ומחצה לזה אלא כ"א וא'יזכה בחנותו ובאוי' שעל גבי החנו' ובק"פ הנו' כשיעור רוחב חנותו והביא ר' הנו' נ"ע דחתימי עליה תרי סהדי דמעידין ככל דברי ר' וש' מכחיש ואומר דלהד"מ ובא ע"א מן התתומים בנ"ע ׳ והעיד בתוע"ג ע"ן וע"י דכך היה המעשה ככל דברי ר' והעד הב' כבר חלף הלך מן העולם אלא דנתקיים חתימתו וש'תביא ראיה דכו"ע הוא מוויף שהרי בפנקס הבאקוףמפורש יוצא דהגוי הנו' מכר המולקיי מב' החנויות והק"ף משותף ומעורב ב' שניהם ואין יתרון לזה יותר מזה וגם הביא ש'ב'עדים דגמלאו בשע'הלקיא'דהלקי' היתה בשות' וחקרו ב"ד הנ' אפומא דחד סהדא וראו ב"ד הנ' כי אין בפיהו נכונה להבין אמיתותן של דברים לגט הוא לא ידע לפרש לשון השות' אם היה מעורב ומכחיש את דברי העד או אפשר לפרש דלקחו בשות'

הלכות מסים

סי'

סי' פד שקי"ט בתשו' הרב פני משה ח"ב סי' ל"ה על מנהג שנהגו בעיר א' על כורע מה שעוקר דירתו להלוך לא"י דפוטרין אותו ממסים כו' ועתה רצו לבטל מנהגם והרב ז"ל הכריע כמין הדין מחוייב האיש ההולך לא"י ליתן עול המ"ום יען דכממון הניח שם · והרב כת' עמד בתש' מהר"ם הביאו המרדכי פ"ק דבתרא ס"י ובמהרשד"ם סי' שס"ד יע"ש דקי"ד א'

סי' קכד נשא ונתן במנהג שוב"י קושטא יע"א לענין מסים דנהיגי דאחר דנכתב ונא' פנקס העריכה הכך של כל איש ואיש אם אח"ך נתברר דטעו המעריכים דהיה ראוי להעריך את פ' ביותר שאת אין לאנשי העיר שום טענה וכמו שכן מצא הדבר מפורש יוצא מת' הרא"ש כ' ו' סי' ד' כו' · ואם טעו טעות דאינו עולה על לב אינש דטעי בהכי גם שיצא דאין מינוי במעריכים לפי אומד דעתם כו' · אי הוי דינא הכי כו' יע"ש דקפ"ג ע"ג

הלכות שותפין

סי' טו על ענין ר' וש' שהיו שותפין והיו חייבים לאחרים אשר לא מבני ישר' ונפרדו איש מאת רעהו זה נטל מקצת הונו' לפרוע אותם לאחריותו ולטובתו כו' ובא במכתב שם דכל עת וזמן שיקום א' מהבע"ח שקבל השותף האחד לפרוע לו על חברו לאנו' הונו ממנו חייב השות' שקבל עליו לפרוע לבע"ח השוא לסלקו מעל חבירו ולפרוע לבע"ח כו' · וכן עתה קם א' מהבע"ח שקבל ר' עליו לפרוע ומצא את ש' וגבה כל הונו ממנו יען דבכת"י שנתנו ר"וש לגוי כיו התומים בו ר' ושמעון ועתה תבע שמעון מר' שיפרע לו מה שפרע לגוי בעדו ובשבילו וראובן בא בטענה דלמה פרע לגוי הונו אני הייתי מרבה אופנים והיה מחיל לי אם יש ממש בטענת ראובן כו' · אי מזמינן ליה למבריח הרי מנכסי חבירו כו' שם · אי פורע חובו של חבירו אם יש חילוק בין אדם לשותף שם · וזו הלכה כעלה היכא דהן שותפים בעסק וכיוצא ולוה מגוי לצורך השות' וכגוונא דנ"ד דההמו בב' ופרע הא' כל החוב בזה לא שייך דין פורע חובו כלל יע"ש

סי' יו ע"ע ר' ושותפיו הם מסחרי' במיני סחורו' וזה דרכם דהנה הם הולכים בפתחי הסוחרים הלועזים ועושים הערכה בין בערכן של הסחורו' ובין בזמן הפירעון אלא דאין הסוחרים מאמינים את הלוקחים אם לא דמביאים לו ראיה כתובה וחתומה ע"ש לוי כיון דהוא אמיד בנכסים איך הוא חייב לסוחר פ' ס"מ כפי החשבון ואחר דמקבל הסוחר כהחתימה הנז' בא בעתא מוסר הסחו' לידם של הלוקחים וסדר הפרעון של דמי החוב פעם פורעים הלוקחים ליד הסוחר עצמו ונוטלים הכת"י ופעם פורעים ללוי והוא פורע לסוחרים ויהי מימים דהיו חייבים ראובן ושותפיו סך עלו"ר לסוחרים והיו דוחקים הסוחרים ללוי ועשו עלדקים ומסרו בידו של לוי כל הסך בבלימות כדי שיקיים מלות פריע' להסו' ויהי מקצת ימים ולוי ירד לשבריס והוצרכו הסוחרים הנז' וגם בע"ח אחרים לשתפשר עם לוי ועתה קמו ר' ושותפיו ויקריבו את משפטם לפני ב"ד הלדק את לוי ושואלים ודורשים ממנו כל מה שנשאר בידו מהסך דמסרו לו כדי שיפרע להוא' הלועזים וכיון דלא פרע החוב לנו כל מה שנשאר בידך מהסך הנז' יען דאין אתה אלא שליח שלנו למסור בידם של הסוחרים כל מה שאנו מוסרים בידך ולוי טען נגדם לבע"ד דידי אתם הא אין אני שליח שלכם אלא דין מלוה יען דהשות' אינם מאמינים לתת שום סחורה בידכם אלא דוקא לי לכמי ודין לוה יש לי עם השות' ואני חוזר ומלוה לכם · אם היה זה בסוחר ישראל ועשו הערכה עם המוכר בין בערך שיווי המקח ובין בפריע' דמי החוב אלא דאין הישראל בסוחר מוסר להשהמקח אם לא בחתימת לוי כו' שם · אם ענין ההפסד והאחריות אם הוא אכתפייהו של הלוקחים כגון מפולת ושרפה בין מסירת החתימה של לוי למסירת הסוחרים המקח לידם של ראובן ושות' שם · והיכא דליוה ראובן מעות מן הגוי ויצא ש' ערב קבלן והקבלן בא לידו מעותיו של הלוה כדי לפרוע להמלוה גוי ועשה הקבלן שלדקי עם הגוי כדי להרויח איזה דבר בפירעון החוב של גוי אם הוא ללוה או לא שם · ושיפא דמילתא העלה ר' אליעזר המודעי הרב המחבר שאין ללוי בעל החתימה אלא דין שליח א"כ כל מה שנשאר ביד לוי מחוייב ועומד הוא להחזירם לר' ושותפיו יע"ש ·

סי' טוב ב' שות' בא' מפתחי השוק' וכל מה שהם לוקחי' וחולקי' ביניהם ולימי' מכר הא' חלקו לחבירו בשטר שנתרצה ונתפייס בעד יו"ל למאה מכל הריו' מפת' הסוחר שיותן לו הש"י ליד השותף ש' שיצא להר' ש' ומחל לו החמשה למאה הנשארים מחילה גמורה כתקנ"ל וקנו מידו כו' · אם המכירה הוי דשלנ"ל דמכר לו מה שעתיד להרוי' כו' שם · היכא דלא חלה המכר מכח הקנין אי גם השעבוד ואחריות לא אהניא כו' שם · והעלה דהאי לישנא דשטרא אינו עולה לשום דינא יע"ש

סי' חי על ענין ר' וש' שות' זה ימים וחלקו של קרן של ר' היה כפלים משל ש' והוצרך ש' ללאת לקרית חוצות לגבות החו' שהיו חייבים להם וישם לדרך פעמיו ומת ש' בדרך ובאו אפוטרופסי יתמים' ועשו חשבון עם ר' וכפי פנקסו של ש' שכתוב בכתיבת ידו היא מתפרשת דלא די שאכל ש' את הקרן אלא ויאכל את כספו של ר' סך עלו"ר וחובע ר' שרוצה לעכב מהסחורות של השות' ואיזה הנשאר מהחוב רוצה לגבות חובו משאר עסקיו שהיה לו לשמעון לעצמו ואפוטרו' יתמי ש' מעכבים ביד ר' שלא לגבות אף מהסחורות של השות' · דבר היודע לשותפות אי באמצע שניהם קיימי שם · ואם נעשה מטלטלים אצל יתמי שם · ואם יש חילוק בין שות' למלוה שם · אם מוציאין מיתומים קטנים על פי פנקס או לא שם · ואם מלי המוחזק לו' קי"ל ו"זי היכא לפלוגי דבפנקס המסודר בעייני השות' אחד לאחד ובכלל מסדר לעצמו

לעצמו השותף ענין האכילות שנטל לעצמו ממון השות' הי כ"ע מודו דבפנקס כזו מוציאין מן היתומים עש"ה. אי בפינקס מסודר ורגילים לדבר אי מוציאים מן היתו' עש"ה. ואסופא דמילתא העלה דבפנקס כזו מוציאין מן היתומים ולאו כל כמינייהו של הפוטרו' כו' לעכב והק"ע ג"כ אי מחייבינן ליה לר' השות' שבועה או לא והבי' מהרב כנה"ג סי' ס"ט הגב"י אות מ"ד שכתב שפנקסו של אדם הוא יותר משטר כו' דבשטר צריך שבועה. ובפנקס יגבה שלא בשבועה כו' יעו"ש דמו

סי' יט

על ענין ר"וש שהיו שות' עם לוי ויהודה על עסק מן סחורה א' והיו

שולחי' ר"וש ע"י לוי ויהודה לקריא' אולות הסחורה הנז' והיו פורעים לוי ויהודה הקרן והריוח ליד ר"וש חלקם ולימי' נשברו ר"וש והוצרכו לברוח לארץ מרחקי' ויהי מימים תבע ש' מאת לוי שיראה לו חש' ושישבע שבועת השות' והראה לוי לש' שמך מנהו וראה ש' בחשבון איך היה לוי מלוה לר' לצורכו ולא לצורך השות' יען שלוי היה גיסו של ר' והיה פורע לו ממעות העסק ולווה כהדרוכיא שיהתובע מלוי מאחר שאת יודע דהליפי מכירת יד ר' ואני שוין א"כ איך שלחת בו יד ונפרעת מזכותי חובו של ר'. גנב ופרע בחובו אם מוציאין מידו עש"ה. ואם יש חילוק בין דבר מסוים לשאינו מסוים עש"ה. ואם יש חילוק בין בע"ח דעלמא לשותפים עש"ה. אם נאמן השות' מדמי השות' או שנלח לאחיו למזונות כיון דזקפן עליו במלוה אם יצאו מחזקת השותף ואגבה האשה כתובתה ובע"ח יגבה חובו כיון דכבר נעשה מלוה עש"ה. ושו"ט ג"כ לענין השבוע' ששאל מיניה שבועת השות' ש' מלוי והביא מחלוק' רבני לרפת שהביאו הרב ב"י סי' ל"ג מהו' ב'כו' ואיכא למפטריה ללוי ויהודה משבוע' השות' ורבני דורו פסקו לחייב לשות' שבועה והרב המחבר הרצה לפניהם דברי האחרונים דסברי דתלי המוחזק לומר קי"ל והשיבו לו דסוגיין דעלמא לאיינו שבוע' ושו"ט ג"כ עם הרב המופלא מהר"ש חיים ז"ל גבי מתניתין ואלו נשבעין כו' השות' כו' יעו"ש ואסיפא דמלתא העלה שחייבו ללוי שבועת השותפין אבל לענין ממונא פטרו את לוי מטעמא דנתברר להם סדר אופן השותפות וגופא דמלתא דמשעת השותפות הרשאו כ"א זל"ז שלא להקפיד כו' ולא שייך דהו"ל גנב ופרע בחובו וכך עלתה הסכמתם וניחן מתנ"ל ע"ד פתגם דמ"ה ע"א

סי' ך

בקו"ט במחלוקת הראשונים הובא בטור סימן ל"ג אי בעינן הודאה בפרוטה

דוקא או לא ובדברי גדולי אחרונים שכתבו דהמוחזק יכול לומר קי"ל כרש"י וסייעתם דאין משביעין אותו כו' ובדברי הרדב"ז סיטנות רמזו הכנה"ג סי' ל"ג הגב"י אות ו' שכתב דהשתא דתקון היסת אפילו דליכא הודאה בפרוטה משביעין אותו כו' אם יש חי' בהיסת בין שותף לאנים דעלמא בטענת שמא עש"ה. ומעשה בא לידם בבן הבית שבא להשביעו שבנגדו בטענת שמא ובלתי הודאה בכלום ופסקו בי דינא רבא ובכללם הרבנים המובהקים מהור"ע נאון ז"ל ורבנו הרב אליהו ענין ז"ל ואייבוהו לישבע כיון שסוגיין דעלמ' הכי אזלא. אי משבעי' ליה לאפטרופוס היסת בטענ' שמא עש"ה יעו"ש דמ"א ע"א

סי' כג

שקו"ט לענין שותפין לזמן אי מצו לחזור קודם זמנו והביא מגדולי האחרו'

שכתבו דתלי המוחזק לו' קי"ל. אם בשות' שנשתתפו במעותיהם. אם נטלו קנין אם יכולים לחזור בהם עש"ה. והעלה דאין קיום והעמדה לשות' אלא א"כ נשבעו וכן קבל מרבני דורו כי אין קיום והעמדת השות' כי היכי דלא ליהוי בחוזר אם לא נקשר השבועה ובלעדה איתיה בחוזר ושקו"ט היכא דכתוב בשטר דקבל ש' הפוסק כו' (ועיין להרב אהל יצחק סי' ל"ה) וזו הלכה העלם שאם כתוב בשטר דקבל ש' הפוסק לא מצי לחזור בו ומניה אף דליכא ליתא דשבועה יעו"ש דקנ"ו ע"א (עיין להמאור הגדו' מופת הדור הרב המופלא מהר"א פאלאג'י נר"ו בס' חקקי לב ח"מ ח"ב סי' מג דקנ"ג

סי' כה

על ענין שטר שותפות דכתוב בזה"ל נשתתפו והיו לאחדים ר' לד אחד

והרבעה אנשים ארבעתם יחד לד אחד בעסק סרסרו' ושירות בית הסוחרים פלוני ופלוני ובפירוש אמר' שהמתעסקים בשירות הסירסרות הנז' הם הארבעה דוקא ואין על ראובן שום חיוב להתעסק ושעבדו גופם לדעת הראב"ד ז"ל וכל ריוח כו' חייבים המתעסקים הנז' לחלוק עם ר' באופן זה סך מה יטלו המתעסקים הנז' לחלוק ביניהם וסך מה חייבים לתת לשותפם ראובן וקבלו עליהם המתעסקי' סברת הפוסק המקיים השות' ואפילו שיהיה נגד כל הפוסקים וקנו מידם כו' ונשבעו ש"ת כו' לקיים השות' ואם באולי אין הקנין לקיום השות' כו' נתחייבו מכח השבו' לבדו לבל יוכלו לטעון קנין אין כאן כו' ועתה תובע ר' כל מאי דנוגע לו משמעון יען דאין ידם של השאר מגעת ליטול מידם זכותו וש' משיב דאין לו שום זכות כו' שנים שלוו שנעשו ערבים זל"ז ושיפא דמלתא העלה שממי בידיה דראובן לגבות כל חובו משלם יעו"ש

סי' סא

על ענין ראובן שתבע לשמעון ואמר לו אתה נשתתפת עמי ומסרתי בידך

שני אלפים גרוש' מסחורה פלוני בתוך אודה פלוני ושמעון השיב לראובן לא מסרת לי אלא שני מאות גרוש' מסחורה פלוני בתוך האודה וכבר פרעתי לך ולא נשאר לך בידי מאומה והביא שמעון לעדות ולראיה לטענתו כו' ור' לווה כהרוכיא נגד שמעון דאין טעם וריח בעדות השכנים הללו דמי לא יימר דמאתמול שלשום קודם ששבת באודה עשית כפי רצונך ושיירת כמו מאתים גרו"ש ועדים הללו אינם יכולין להעיד ע"ז ועוד טוען ר' שאחר לאחו מנ"ל בדק בפנקסו וראה כתוב מכת"י איך ביום פלוני מסרתי ליד ש' בתורת שות' שני אלפים גרוש' דהיינו האלף ומאתים ושמונה מאות גרוש' בסחורה פ' על ענין זה אדי נעשה שואל מר כיסו רבא דעמיה הרב מנא

דב"א עניין

עניו מאד ז"ל שאל מר תלמידו הרב המחבר ז"ל אם טענת ר' טענת מעלייתא היא כו' אין לא ראינו ראיה בזה , אם עדות השכנים מועיל בזה אם כיון שש' מודה אם מחייבינן אותו שבועה ואת"ל דמחייבינן אם מגלגלין עליו את הכל בזה , אם יש חילוק בין להוציא להחזיק והעלה אי נאמר הא דינא דהדר וטוען מפיטור לפיטור בתובע דעמדו האחרונים ומינה דמש"ל דאדין גלגול מצי להשבועה היינו דוקא לשם מאות אמנם מר רבו קא פסיק ותני דכה"ג לא הביא עדו' כלל וא"כ נשבע ש' על כל ב' אלפים גרוש' וכך נעשה מעשה

סי' סח

על ענין ר' וש' שהיו שותפין בבית א' ונפלה הבית וחלקו הקרקע בגורל ע"פ ערך שומת הבקיאים שאמרו שחלק אחד מהקרקע לצד פלוני הוא שוה יותר מצד השיגותו ונפל חלק שלש אשר הוא חשוב לר' ותנאי עמו השותפים שהמואב"ה שמוציא ר' בחדר יהיה רחוק ממואב"ה של שמעון ובנה ש' תחילה והוציא המואב"ה כמנהג לרשות הרבים ומזיק בראיה לש' ונהרע' על ד' דע"מ וע"מ פתח חלונות במואב"ה דמזיק לו בראיה יען דהוא קדם וזכה באויר ר"ה ואין לר' לפתו' חלונות להזיק לו בראיה וש' הביא מחניתא בידיה תשו' מעין גנ"ס ור' טוען דבשעת חלוקה בררו דבריהם בין השותפי' שלא יהא שום עדיפות וזכות לא' יותר משותף חברו , ושק"וט בתשו' הרא"ש כלל נ"ד סי' ז' הביאו הטור סי' קנ"ד שכתב שכל מקום שהרשות נתונה מאת המלך לכל א' להוציא בניינו לר"ה שאוחז אויר שבין שתי בתים הוי כחצר השותף ואם פתח הא' תחילה גם הב' יכול להוציא ולהאפיל כו' , אי שמי בידיה של המאוחר לפתו' חלון כו' אילא כמי בידיה שם , אי האניא ליה קדימה לראמון לענין היזק ראיה שם , אי יש כח ביד ב"ד לסתום חלונותיו של המאוחר שם , אי קרקעו' היג' אחרי יש להם קנין בגוף הקרקע שם והעלה דאניא לא ימחה בידיה דר' שלא יפת' חלונות במואב"ה שלו יע"ש דנ"ח ע"א

זעייך לענין ערבות

סי' ע"ב

על ענין ר' שהוציא מעות לשמעון לפיתוף ובזמן הפירוד ראה ר' בעל המעות שאכל ש' את כספו נתן עיניו ליטול מעותיו שארית נחלתו ובא ש' וחילה פניו של ר' שלא יפריד השות' ואי משום שאתה מתיירא כבראשונה אני נותן לך קבלן גמור כאחו"ל ובא לוי אחיו של ש' ונעשה קבלן גמור על כל מה שיאכל אחיו מסך ל' גרוש' לשנוע ולמעלה כל הנותר מסך הנו' ומעלה ואפי' ע"ם חמש אלפים גרוש' בלי גוזמא רמ"ג כו' ועל זה נתרצה ר' ונתן לש' ס"מ ונשא ונתן בהם ויצי לתקופת השנה ובאו לחש' ואכל ש' ממעות השות' מסך ל' גרוש' ומעלה קרוב לחמש מאות ובא ר' ותבעו בפני ב"ד הב' ללוי הקבלן שישלם לו הסך הנז' מדין קבלן , היכא דלא חל השעבוד הלוה כגוונא דנ"ד דלא חל שעבוד הלוה אלא לאחר זמן כשיאכל מן הקרן אם חל שעבוד הערב שם , ואי איכא בנ"ד דין אסמכתא דסמך הערב כו' שם , אם יצא ערב

במשכנתא לחלוקה דנפילה ושרפה דמאחר דבעילני' דערבות הבית על עומדא היא עומדת ואין על המשכיר שום חיוב אם נתחייב הערב שם , אם הנותן מעות למהלית שכר ויצא ר' ערב בשנה אם משתעבד שם , והעלה שחייב לוי הקבלן לפרוע לר' וכן עשו מעשה מנ"ר הרב המחבר ונ"ל השבור דקל ע"ב

ושייך לענין כתי' ומשי'

סי' ע"ח

ע"ד ראובן שהיתה לו שות' עם ש' מסך מה והקנה לו ללוי מכוללות השות' ס"מ ומטעם דבכוללות השות' היו סחורו' וחובו' על אחרים הקנה לו ללוי השטר שותפות בכו"ם וגופא דעובדא דלא בא לפני ב"ד הב' לאשר ולקיים שטרא דנא ונסתפקו אם נאמר דינא דכו"ם בהקנאת שטר השות' אי לא ועמד על דברי הרא"ש בפ' ג"פ סי' כ"ג , דכתב דאינו נקנה בכו"ם אלא דוקא שט"ח ושטר קניה אבל שטר ראיה אינו נקנה בכו"ם ומינה יליף הרב המחבר דאליבא דכ"ע שטר שות' אינו נקנה בכו"ם אי שטר שות' מצי לו' פרעתי שם , והעלה דלגבי המלוה בעלמו לא מצי למיהדר ביה יע"ש דק"י

ושייך לענין מסים

סי' פ"ג

בשאלה לא נמצא ותוכן הענין הוא שטוענים ז' טובי העיר ורוב הנערכין לעדת המוסלימים שפטרם המלך מכל מיני מסים וארנונא דמלכא וזה זמן שגזרו רבני קושטא יע"א ונתפשרו ביניהם וכן עתה קמו וע"ה וטוענים כיון דליכא ומן קלוב בגזרתם של רבני העיר שיש בידם דהפשרה היתה עד פלגא כו' א"כ מכאן ואילך אין אנו מתרצים להיות שותפות החברה בנינו כו' , אם יכולים ליפרד שותפותם שהיתה להם עד עתה אם יכולין לשנות מנהגם מטעמא דעד פה שבלנו ותו לא שם , אם יכולין לשנות מנהגם ולעמוד על דין תו' שם , אם יכולין ראשי הקהל להטיל מס על הקרקעות במקום שאין נותנים מס על הקרקעות שם אי הא דבאים רוב העיר וטו"ה לשנות מנהגם אם השינוי הוא לעמוד על ד"ת אי משגחינן במיעוט אנשי העיר המוחים אי לא שם , יע"ש דקי"ג ע"א

סי' קט

ע"ד ר' וש' שותפים בעסק משא ומתן של מכירת הרופאים ונעדר ר' ובאו יורשיו של ראובן לתבוע וכוחם מיד שמעון ושמעון מסר בידם של היורשים הרופאים שנמצאו בעין כפי חלקו הנוגע ויען שהיו וירושיאים והקפות שהיו חייבים להמלוג השות' טען ש' שאינו רוצה לחלוק חוב כנגד חוב לגמרי לאחריותן ולטובתן פן ואולי ימצא פסידא והפסד לזמן גביית החוב כו' אלא מכל חוב וחוב מכל אשר יגבה יקיים שמעון מלות נתינה כפי חלק הנוגע להם והיורשים טוענים שאינם רוצים אלא בחלוקה ותובעים שיכופו ב"ד לשמעון שיראה להם מי ומי הנם הלוים , מאחר דבשטר השו' כתו' דבזמן הפחד ישומו החובו' והוירישיאים בהורדת יוד למאה ויחלוקו א"כ אין לאחר תנאי כלום

סי' קך

סי' קי"ד ע"ד ר"וש שותפים והוצרכו ליטול את לוי כדי שילך לקרית חוצו' לעסוק במ"וש שלהם ולהתוס בהיסקריטאם ולוי בא בשכרו למנה כפי הסך שקבלו בניהם וילך איש לוי לערי פ'ראנקיאה ונתעסק בעסק ר"וש ועברו כמו ב' שנים ונשברו ר"וש ולא יכלו להתעסק עוד בעסקסותבע לוי מאת ר"וש שיתנו לו כל האיסקריטאם שהתם בעדם ובשבילם של ר"וש דכל זמן שהחתימות שלו הנה הנם ביד הסוחרים אי אפשר לו להתעסק בשום עסק שמה שמולאים בידו תופסים ממנו הסוחרים שנתן להם בההימות דכך נימוסי הלועזים הגם דיודעים דלוי אינו אלא שליח עכ"ו ידם אוחזות לשלם בתביעה מאת בעל החתימה ור"וש טוענים דימתינו לוי עד שיתפשרו עם הסוחרים כו' ׳ ולוי השיב וכי עד אותו זמן יהיו ידיו אסורות וכלואות בבית ׳ מי שהגיע לו נזק לשליח מחמת שליחותו של המשלי' אם חייב המשלח לשלם שם ׳ על ר' ששלח את ש' בשכירות לעשות שליחו' ובאו גנבים כו' שם והעלה דמהווייבים ר"וש לסלק את לוי מהאיסקריטאם יע"ש דקפו ע"ב

הל' נחלות

סי' ו עמד על ר' דנתחייב את ראשו למלך ובאו הבע"ח לגבות הבתים שירשו מאביהם והבני' טוענים דהם לא ירשו מהמת אביהם דהרוגי מלכות נכסיהם למלך והכל לקח המלך ומחמת' דהבתים היו כתובי' בפנקס הב'אקופע"ש אמם השמי' יד המלך והבע"ח טועני' שאביהם לא כתב הבתים ע"ש אמם אלא בתורת אמנה א"כ כל היכא דאיתיה ברשו' אביהם איתיה ׳ הא דקי"ל הרוגי מלכות נכסיהם למלך אי כחו של מלך כדין יורש גמור שם ׳ והעלה דהבתי' לא נכנסו ברשותם אלא קמו וגם נלכו ברשות המלך ותוכותו של מלך הם באים לזכות וכן עשה מעשה הוא וב"ד הטהור ומלכא בראשם מר רבו רב תנא דב"א ז"ל ופטרו ליורשים ונתנו מעב"ד על זה יע"ש די"ב ע"א

סי' ז השאלה ארוכה מאר"ש ותוכן לבריו הוא שהגביר גי' חיים ס'ארחי ז"ל ואחיו היו שותפים בעסק הסארפ'ליק ובשאר משא ומתן ועבר זמן שנגזרה גזירה על גי' חיים ונתפס למלכות ונהרג אנ"י אנ"ה ושם נמלא אחיו גי' משה ואלמנתו של גי' חייט הנ"ל וקמו האלמנה וג'משה הנ"ל ונסעו משם ולקחו בידם כל מידי דמטב אבנים טובות ומרגליות ושטרי חובות וטימסוקים ללכת לדמשק ויהי בדרך במלון ומתה האלמנה באופן שכל הממון והשטרות נשארו ביד גי' משה ואח"ך נח אחד מן האחים ווושי שיהם כי לא נטפלו לעורר מלנים עם אחיהם גי' משה לתבוע העזבון מנכר אחיהם גי' חיים ס'ארחי ז"ל ואח"כ נועדו יחד האחים הנ"ל וקבלו עליהם ג' דייני גולה ועשו שטר קבלה וכתוב לאמר שקבלו עליהם לג' דיינים הנז"ל לדון בכל הנו' בענין השותפו' הנו' והירושה בכל פרטיהן ובכל מן טענו' צימהן על הכל קבלו עליהם ע"כ אשר יאמרו הן לדין והן לפשרה ואפי' יטעו בדינה"ו ואפי' בדבר משנה אפי' הכי קבלו עליהם ולא נסור מן הדבר אשר יפסקו ימין ושמאל ׳ וקנו מידם ואפי' אם יפסקו שאחד מהם חייב לתת ס"מ להבירו חייבים לתת ואין כח בידם לילך לערש"ג עד שיהיה בידם כח ורשות מפורש מהדייני' הנ"ל או מאחרי מנייהו דהאימי שהם נתנו להם רשות כו' ואחמי עליה האחים הנ"ל וגזרו מע' ב' דייני גזירות אחר ששמעו טענותיהם וישבו יום ב' והמשי וגזרו על גי' משה להביא ליד האותם הראשון כל תכשיטי זהב וכסף וכל אבנים טובות וכל התכשיטין של אשת הגביר גי'חיים שנתברר לשהשכל נכנס בידו וחלקו של גי'משה ישאר מעוכב ביד האות' הא' על שיגמור הענין ותכף יביא לב"ד תכשיטי זהב ואבנומ"ר של אשת גי'שלמה וכל ניירו'וטיתיסו' יביא לב"ד וגם חלק גי'רפאל ישאר מעוכב ביד ב"ל והודה להשני'משה ונתברר כשמש בפני ב"ד שבא לידו שיפיט גדול קרוב לאמה אורכו והיה בו תכשיטין אבנומ"ר ורוחבו קרוב לחצי אמה וגובהו יותר מרוחבו מעט וכל תכשיטי אלמנת הנו' ובגדים ומטלטלין והודה בהם וגם פנקסים וטימיסוקים השייכי' לאמנע הכל באו ליד גי' משה וחייבוהו להביא ליד האות' הראשון והיה דוחה אותם בקש והבלים ולא שמע אליהם ואח"כ בכתם הגדול הוא ובנו לא עמדו עוד לדין ועשו להרב האותם הא' משפטים ׳ ובשנת התקל"ו שם נמל'ריכא ובר ריכא הר'גור אריה יהודה נבון ז"ל את כל תוקף פרט' העיבור את כל אשר פעלו להריס יד בתור' משה רבע"ה וכתב גם הוא מטה יהודה על ענין הירושה הנ"ל שיש כמה שניםשלועקי'ואינן נענים לא בב"ד ולא בערש"ג ואע"פ שכתבו ב"ד זה ומן רב לגמור בניהם והיה דעתם נוטה לחייב לגי'משה קירדו בעורמות הענין ובטלו הב"ד מלטפל וסלקו את הדיין הא' מדיינותו זהן עתה הוזר וניעור זה הדבר וכל זמן שעומדי'בפני שרי ואילי הארץ קא אכלי מינייהו ממון רב והאחים הנ"ל קא טרחי להציל את שלהם כי דודם גי' משה ובנו לא לייתי לדינא ורוצים לאכול ממון שאינו שלהם ולבטל נחלה דאורית' והר' הנ"ל שלח לקרוא להם רכות שיבואו לדון הן בענין הירושה תן בענין השות' ולא רצו לבוא ואמרו שהם לא לייתי דינם ואינן רוצים לייני ישר' ויש הסכמו' מרבני שאלוניקי ולפת תובב"א וקושטא ושאר ארצות שלא לילך בעש"ג וחקר ודרש אם הפס"ד שעשו הב' דיינים עשוי כדין וחקר את הדיין הג' למה לא בא אל החתום ואמר לו שכל הכתוב אמת כי נתברר בפניהם וגם לא לייתי לדינא והם קשים מאד אב ובנו ומה שלא חתם הוא מפחד מרדכי ומהדר גאונו בנו של גי'משה הנ"ל ונתן רשות הרב הנ"ל להיורשים שתובעים הנ"ל להציל את ממונם וכל אשר יוציאו עד מאה אלף גרוש' ויותר הכל חייב גי' משה הנו' לשלם כל האוצאות שיאמרו שהוציאו ועל פיהם יהיו נאמנים כיון דשוחדות כאלו לא עבידי לגלויי ואינן חייבים לברר ומלוה רמיא על כל ב"ד להקים דגל התורה שחיללוהו כו'וגוזר בכח התורה הק' ע"כ איש ואשה שיעלה בידם להצילם כו' וחתם ביום ו"ך לח' חשון ש' קל"ו הרב הנ"ל ׳

ומגנת

ומשני' החקנ"ו והלאה גברו בארץ והוציאו כאב ובנו הדבר לעש"ג וכמו שמפורש יוצא במעב"ד והוכרחו לעשות הוצאות מרובות שוחד בחיק חמה עזה עד שכפו העורכים להיורשים הנ"ל להתפשר ולתת שטר פיטורין לגי' משה ולבנו וכאשר ראו היורשים הנ"ל כי כלתה עליהם הרעה הוכרחו לעשות מודעא ואח"ז נפטר גי' משה והניח ב' בנים גי' מרדכי וגי' מנחם ויקר מקרה כי גי' מרדכי הנז' בא לעי"הק ירושלים ת"ו והשמועה בא לבע"ד כי גי' מרדכי שם נמצא בעי"הק ירושלים . שם לדרך פתאום ובא לעי"הק ועמדו לדין בפני ב"ד רבא ועי"ח מנהון מלך בירוש' רבין חסידא הרב אג"ן השב"ר ז"ל ושידר התובע כל טענותיו ורא"ו ב"ל רבא שכל דבריו חיים וקיימים אף ע"פ שאחר המעב"ד נשתוו מ"מ כבר יש בידו מודעא עשויה כראוי מוצק ואח"כ חזרו כל הטענות לאיתנם הראשון וגי' מרדכי יצא לדון בדבר חדש כי לא ירש מאביו ומה שירש כפלי כפלים פרע ושכנגדו טען שיש בידו להביא ברורים שירש כהנה וכהנה וגי' מרדכי אמר שיביא הבירורים ויען שגי' מרדכי היה רוצה ללכת לארצו נשאר הדבר עד שיביא שכנגדו הברורים ונתחייב לבא לעי"הק ירוש' ולקבל עליו את הדין ואחמו גי' מרדכי ושכנגדו לקבל עליהם גזרת מלך הר' אג"ן ושעבד גופו לדעת הרא"ג"ד לבוא לעי"הק ירושלים תוך ארבעים יום ואם יתעכב שכנגדו להבי' הברורים יותר מארבעים יום הוי גי' מרדכי פטור . ונסעו מירוש' ת"ו כל אחד למקומו וכתבו ב"ל רבא להדיין הג' מדוע לא בא על שהתום וכו' שהענין ישן נושן ואינו זוכר ומה שהוא זוכר הוא שהיו טוענים על גי' משה כמה טענות וכמדומה לו שהעידו איזה דבר העדים והודה גי' משה . אבל היה אומר שהוא דבר מועט ולא כמו שהיו טועני' ומה שלא התם לא היה זוכר הטעם . ובעל דינו בא לאחר ה' חדשים לירוש' ושלחו ב"ד הנ' ומ"כא בראשם הרב אג"ן ז"ל רץ מיוחד שיבא ואם לא יבא הרי הם כותבי' פסקא דדינא ונותנים לבעל דינו . והשיב גי' מרדכי כי כבר הרשה להר' המציא אנג'יל ונשבע שלא לבט' הרשאתו וכתב עו'כי תמנ"ע היתה בעלות לעי"הק ירוש' ושאם ירצה בעל דינו יבא לדון לפני רבני דמשק . כי לא נתקשר כו' אלא עד ארבעים יום ולא יותר ונסתפק מעל' הרב המחבר מאחר דיש לו מעב"ד חוק שהודה ג' משה בפני הדייני' שנכנס תחת ידו ורשותו סך על"ור וכ"ש שהר' החותם הראשון מעיד בגודלו כו' וע"ד זה יצאו נגבי' מלכים מדייני'ס רבני דמשק ורבני עי"הק ירוש' ת"ו וב' הדיינים הנ"ל מחייבים לגי' משה ושכנגדם חלוקים עליו רבני עיה"ק טבריא . כיון דקי"ל הרוגי מלכות נכסיהם למלך אי האלמנה זכתה מן ההפקר ואע"פ שלא כוונה לזכות שם אי נשי דינא גמירי שם . אם יכולים יורשי האלמנה לא'בוע א'נע מאת יורשי גי' משה בטענה כיון שהיא זכתה מן ההפקר הם זוכים שם. אם מאהר מטעת העמדה בדין לפני הדיינים נמוט'ב אלתא וקבלו עליהם ע"כ אשר יאמרו והיינו את גי' משה וגי' משה הוא אחוז בהבלים לקבל עליו כל מאי דנפיק מפומיהון דרבנן א"כ אין פוטר אותו כו' עש . ואת"ל כי פטיר האיש מרדכי אך אמנם כיון שכבר מושבע ועומד מפומיהון דרבנן קדישי רבני עיה"ק ירוש' ומלכא בראשם רבי'ן חסידא קדישא אג"ן השב"ר זיע"א ופוטר אין אותו אם יש לחייבו ג"כ לאחיו גי' מנחם והרב המחבר דעתו ד"ע לפטור מכל וכל לגי' מנחם שלא עמד לדין וכן הסכי' רבני פה שלוניקי יע"א ב"ד רבא הלא המה ראשון לכל דבר שבקדושה מהרמ"ה ן' ארדוט נר"ו וב' בקדש רב אמא מהרש"פ ז"ל יבא הג' מהר"י החסיד נר"ו שכתבו אגרת חתומה נתנה למעל' הרב המחבר הנה הנם בסומכי נפשם לפטור את גי' מנחם האמנם לגבי גי' מרדכי הסכימה דעתם לחייבו מכח השבועה כו' ושיפא דמלתא העלה הרב המחבר שבני גי' משה פטירי ועטירי והגם דהרב מלך בירוש' ושיעתו נמו דעתם לחייב את בני גי' משה המעיין בהני ספרי דבי רב אין נפלט ממחלוקת ואין כח ביד הדיין להוציא ממון מיד המוחזק יע"ש דט"ו ע"א

סי' ח סובב הולך על ענין הנ"ל מהדיין המלו' רב הו"ד יוסף אלפ'אנדארי נר"ו כאן שנה רב'י משנה שהנ"ה לריכה בהאי פיסקא דדינא אשר כת'מנ"ר הר' המובהק מורע המלוכה קופה של שרשים מהר"ש חון נר"ו בר בריה דרב הגאון הק"ל מ"ק זיע"א לחייב את בני גי' משה נ"ע אי האי שבועה דנשבע גי' משה לקבל עליו מה שיגזרו הג' דיינים אי יכול בנו לטעון שלא קבל עליו כ"א אם יביא שכנ' פס"ד מחתימת ג' ולא בתרי מנייהו ואם נאמן במיגו דפטר' שם אי קיימינן שמא פרע גי' משה שם אי נאמן הנתב' לגבי פס"ד לו' פרעתי שם . אם כבר דלא צייתי לדינא אי אמרי' ודאי דלא פרע והעלה דע' דעת עליון דפטיר ועטיר כו'

סי' ט ע"ע ר' ולאה בת ש' אחיו שבאו לדון ותבעה לאה מר' דודם שנשאר תוכות נחלתה בידו יעודמת אביה ש'בחיי יעקב והיא עומדת במקו' אביה והוציא לאה שטר שנתחייב ר' מן המעות אשר לר' עם לאה בשות'ע"י הגביר פלוני מאותן המעו' נתחייב בב' אופנים כו' האופן הב' בהתפרד השות' שביד הגביר נתחייב לתת במשלם חלקה וכתוב בשטר דע"י הפשרה הנז' מחלה לאה לראובן מחילה גו"ש וכן עתה הגביר הנז' ירד לשברים ובאת לאה בטענה מאחר שמה שיחל לה דודה ר' לא בא לידי גביה א"כ חוזרת הטענה למקומה ותובע' זכות נחלתה שנשאר ביד דודה ראובן ויסי כמשיב ר' כיון דיש בידי שטר פיטורין מה את טוענ' . אם זה מקרי אשתדוף משעבדי גבי מנני הרי שם ושיפא דמלתא תני תנא דראובן פטיר ומאחר דיש לצדד ולחייב לר' עשו ב"ד רבא פשר דבר יע"ש דל"ג ע"א

סימן לו שקו"ט בדברי הטור ח"מ סימן רע"ו וז"ל מי שמת ולא נמצא לו זרע תחזור הירושה לאביו של מת ואם אין אביו קיים תחזור הירוש' לזרעו שהן אחיו של מת אי ירושת האחין הייז בא' מתחילה ע"י משמוש נחלה דאזלה הירושה מתחילה לזקן ואח"ך חלה על האחין כו' עש . וע"ש מה שהביא מהרדב"ז החדשות סימן שצ"ה דפשיט ליה דירושת האחים לאו מכח האב הם באים דש"ה ע"ז

סי' חל ע"ע ג' אחים שירשו מאביהם והיו דרים כל אחד בבית המיוחד לכ"ז וכל

וכל ההוצאות במלטורים לבדק הבית היה נותן. כ"א
הנ"א שהיה נשוי ומת אחד מהם ובא בנו היורש ומכר
חלקו לדודו אחיו של אביו ואחר כך מת האח הקטן
בלי זרע ש"ק ונפלה היבמה לפני האח האחד והבית
שהיה דר בתוך השכיר' היבם לאחרים והיה נותן דמי
השכירות ליבמתו ונמשך זמן רב ובהגיע עת פטירתו
של היבם ציוה לבניו ואמר להו דעו דכל מה שנתתי
עד עכשיו ליבמתי היה לפירעון שני כתובתה יען
שלא היה לה מזונות ואח"כ מתה היבמה ובא בן בנו
של האח השני וקא תבע מיורשי היבם כיון דלא
יבמה אביכם את היבמה א"כ חלקו של מת הוא בין
שנינו ויורשי היבם טענו אנו לא ידענו כלום אלא
כיון שאבינו החזיק שני חזקה במה לקח אבינו מאביך
חלקו מה שהיה נוגע לו ובן בנו יורש האח השני טוען
כיון שחלקו של מת היה משועבד לכתובתה והיה נותן
היבם ליבמתו משכירות הבית לחשבון כתובתה א"כ
אתי לאבא למעבד וע"ע זה שקו"ט עם מר רבנו רב
חלבנ"א ז"ל ועם מהר"א הכהן ז"ל אם האחים דינם
כשותפים ואין מחזיקים זה עם זה אם לא שם ,
אם יש חילוק בדין האחין הנ"ל בין תוך ג' לאחר ג'
שם יע"ש דס"ו ע"א

סי' עו על ענין ר' שמת והניח אשתו הא'
בן אחד מאיתו שמתה בחיי ר' אביה
ושתי בנות מאשתו השניה ושוב מתה האלמנה אם
הבנות יורשות בלתי שבועת אלמנה על אלמנה שמתה
בלתי שבו' האלמנה והיא קודמת לבע"ח והבע"ח רוצה
לגבו' הונו מטעם כיון שלא נשבעה כבר נסתלקה
משעבוד כתובתה מקרקע זו שם
היכא דאיכא ספיקא בענין בכור ופשוט אי הני נכסי
הוו ראויים או מוחזקים שם , בהיכא דחולקין
הבכור עם הפשוט שהפשוט אומר שמחל חלק הבכורה
כו' אי תפס הבכור אם מוציאין מידו שם אי טענת
קי"ל חשיבא טענ"ב שם , היכא דנפל ספק
בבנות היורשות בדין עישור נכסי שם , על אב
שפסק מעות לבתו לנדוניא וקודם הנשואין מת האב
והניח בנות יורשות כו' אם זכתה הבת מה שנתחייב
לה אביה והשאר יחלוקו שם אי חיישינן לגררי שם
אם יש חילוק בין מנה מאתים לנדוניא לענין גררי
שם , אם מה שטוענים הבנות מבן הבת שישלם שליש
להוצאת קבורת אמש מאחר דבן אינן יורשות מכתו'
אמם כלום שם
ושייך לענין מצרנות

סי' פח על ענין אדם אחד שירש מאביו חצי
חזקת חנות ממולק'י וחצי חזקה מאומנות
אחטארליק ושני חצאי חזקות האחרות היה של שמעון
ולסיבת מה בא האפוטרופוס של האדם ומשכן את
שתי חצאי החזקות הנ"ל לש' ויהי מימים השכיר ש'
ללוי יידיק האומנות כולו לזמן קצוב ובתוך הזמן בא
האפוטרו' של האדם ומכר ללוי השוכר כל זכותו של
האדם ועתה קם ש' בטע' מצרנות שיש לו אם מפני
שהוא שותף וגם מפני שהוא במשכו' אצלו ע"ע הנו'
בא מעשה לפני מי שגדול מר רבו הר' הגדו' רבי אליהו
עניו מז"ל ז"ל ומר רבו אחרי נעשה שואל מאת הרב

תלמידו המחבר ז"ל יע"א ועמד הרב המחבר בהא דקיי"ל
דביתמי ליכא בהו דינא דב"מ אי טעמא הוי משום
דיתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו או משום דאין
דרכם לחזור ולטרוח , אי ביתומים המוכרי' איכא בהו
דינא דב"מ שם , אי מלמינן אלם ואש"ו ליתמי לענין
דינא דב"מ שם אי מותר ליתן מעות שוטה בא"ר שם
אי שותף עדיף ממצרן שם , אי דינא דשותפי
איתא ביתמי שם , אם שלפי שורת הדין אין כח ביד
השותף הזה להוציא מיד הלוקח אם מכח ההסכמה
שתקנו שהשוכר הדר יהיה קודם לכל כו' שם , ואם
לשון ההסכמה הוא דוקא לענין קדימה שם יע"ש ,
דקי"ו

הל' מקח וממכר

סי' צז ע"ע שטר מקח שבא לפני ב"ד רבא בלוקח
קרקע מישראל , והלוקח היה קראי
אחד והיה כתוב בשטר המקח וקנינו מיד המוכר
ונסתפקו ב"ד רבא אי זכה הלוקח שהוא בע"מ או לא
כו'. מאחר דקנין סודר הוא נלמד מבועז ובע"מ כיון
שאינם מודים בדברי קבלה א"כ לאו בר קניה הוא
וזאת תורת העולה אשר העלה הרב המחבר שלא קנה
הקראי הלוקח כיון דאיכא רבים ונכבדים דקיימי
בשי' אחת לדין מומרים יש להם ובק"ם לא קנה
המומר יע"ש ושקו"ט היכא דכתוב בשטר שקבל ש'
הפוסק כו' יע"ש דקי"ו

סי' צח על ענין ר' דבאים לו גוים מארץ
מרחקים מדי שנה בשנה והם מכיריו
של ר' וקונים מחנותו די מחסורם ובאים מרוח ליה
לר' טובא ובא ש' וקרא לאחד מיודעיו של ראובן ומכר
לו די מחסורו וראובן צווח ככרוכיא על שקפח
פרנסתו וש' משיב אני רוצה ג"כ להביא טרף לביתי
מי שרגיל אצל גוי ותמיד עוסק הישראל מלאכתו של
גוי אם מותר להסיג את גבולו או אסור שם על ר'
שהחזיק להיות סרסור בענין המשי וזו הסרסור הוא
לבדו מתעסק בעסק זה ואין זולתו אם יכולים להסיג
את גבולו שם אם ראוי לגעור בהם ולנזיפה שם אי
אמרינן ש' איסורא יע"ש דקכ"ו

סי' צט על ענין ראובן שבא קובל ומתרעם לפני
ב"ד הגדול על קצת בני אדם דהנם מסיגים
את גבולו דהכל יודעים לחזקת הסרסרות רובו ככולו
של מחא ברוסא הוא שלו וישנו בידו פתקא דבי דינ'
כתוב וחתום מיד מנא דב"א עניו ז"ל דהחזיק בידו
בחזקת הסרסרו' הנז' ושאלו ב"ד הנז' לר' הנז' היכן
הפתקא הנז' לראו' הדברים דהחזיק במעוז חזקתך הר'
הנז' וכה דבר דהפתקא הנז' ישנו ביד הרב מר חמיו
מ"ד מברוסה והכף שלחו ב"ד לאותם בני אדם
הבאים להסיג את גבול ראובן דחזקתו כראי מוצק
דידם יהיו אסורות על שיקריבו את משפטן לפני ב"ד
רבא של עוב"י קושטא יע"א ותכף שמעו אותם האנשי'
לקול מורים ובאו לעוב"י קושטא יע"א להתדיין אם
ראובן ובידם מגילה עפה וחתימי עלה ז' טובי העיר
והנה הנם מעידים בחוע"ג דמעולם לא נשמע באופן
סרסרו' ר' דאיכא חזקה דכדמותו איתיה במתא
קושטא

קוסטא יע"א נאינה ג' ארשי וכגון סאמטאריס וכיוצא בזה דרכם להפש למצוא לוקחים מאיזה דוקיינג'י איזה סחורה וזה יוצא וזה נכנס וכן היא דרכם של עסק בסרסרות הנז' נמצא נרוסה דאין סרסור מיוחד כו' ולא שייכי ליקרא בשם סרסור קבוע ומיוח' וכ"ד הכ' שאלו את פי אנשי מדע מבני קוסט' יע"א ההולכים לברוסה יע"א דיגידו להם איך הוא עסק סרסרות עיר הנז' ، והשיבו דעסק הרסרו' עיר הנז' אינו כמנהג קוסטא הקבועים בפתחי הסוחרים הקבועי' במקומותם ואין שום סרסור אחר רשאי לעשות איזה נראטו בלתי סרסור הפתח ברם בעיר הנז' אינו כן אלא מסרסרים כמה בני אדם ואין כאן שום מרך להקרא סרסור כה באילו אנשי מדע הנז' ، ויהי כשומע ר' כן אזל ואייתי בידיה ו"ע איך ראובן הנז' החזיק כו' וחתימי עליה תרי סהדי קשוט עוד הביא ראובן ו"ע אחר איך זה כמה שנים דבא אדם אחד להתעסק בעסק סרסרות ובא ראובן להתדיין לפני הרב ודן הרב דזכה ראובן ואין שום אדם יכול להסיג כו' וחתימי עליה תרי אחריני ، והרב המחבר שאל שאל להרב מ"ח של ראובן אם אמת יהגה חכו של ראובן דיש לו הזקה מרב חנא דב"א ، והשיב הנ"ל דהגב יפלה פיהו של ר' דלא בא חשו' הרב הנ"ל על הזקת ראובן כו' ، אי הא דתקנו רבנן חקיפי והחזיקו על המחזיקים אם הוא דוקא לפי דורם דכל משאם ומתנם של הסוחרי' הלועזים לא הוה אפשר למעבד אלא דוקא ע"י סרסור ישראל ולא ע"י גוים כו' שם ، ואם יש חילוק היכא דקדמ' ליה מקדם קדמת' לאיזה סרסור דהחזיק כו' לבא מחדש להחזיק כו' שם ، אם איכא תרי כתי דמכחשי אהדדי מאחר דלכת המעידה דיש לה חזקה איכא תרם אי אמרינן ס' הרם להחמיר כו' שם ، אי תרי ותרי הוי ס' דאורייתא או דרבנן שם ، ואם יש חילוק מעיקרא אי חל החרם או לא שם ، אי כיון שנס לר' לא ברירא ליה חזקתיה אי דמיא לעובדא דבר שטיא שם ، אי מידי ספיקא דרבנן נפיק או לא נפיק שם ، הא דקי"ל תרי דתרי ס' דרבנן ומדרבנן החמירו אי היינו דוקא באיסור אשת איש כו' שם ، והעלה רב חנא הרב המחבר דאין לר' שום חזקה כו' יע"ש דף קכ"ט ע"א

הלכות מתנות

סי' יא מקר הקירת חכם בר' שנתן מתנה לש' בקנין דבר מה ונפל ס' בקניה גופא אי מועיל לדינא ומור בו הנותן ונתנה במתנה ללוי בקנין המועיל דלית ביה שום ספק וש' מקבל המתנה הראשון מוחזק במתנה ותובע לוי מר' שיחזיר לו המתנה אי מסלקינן מניה דש' המקבל הראשון ויהבי' ללוי כיון דאין שום ס' בקניה כו' יע"ש ، אם יש חילוק בין קרקע למטלטלין שם ، במוכר מטלטלין ומשכן הלוקח לרשותו וה"ך נסתפק לן אם קנאתם לא אם מוציאין מידו שם היכא דתפוס לית ליה טע"נ במאי דקא תפיס אי מוציאין מידו שם ، והעלה שאין כח להוציא מיד המוחזק יע"ש דל"ד ב

סי' יב שאלו מאת מעיה"ק ירוש' ת"ו על שטר שנתחייב ר'ס"מ לבת אחותו בקנין ועדים נסך עשרה אלפים גרוש' גופא משועבד לפירותיו שתקח כריוח כל ימי חייה ותזכה נהם ש"א קודם פטירתו וחתימים עליה תרין אריוותא מהרח"א גאגין ויע"א ומהרח"פ ואשרוהו שע"ד הרב הגאון מהר"ם סוזין ז"ל ודיכרן סמיכין עלוהי ועתה בא המורשה של האשה המקבלת המתנה לעוב"י קושטא לגבות י' אלפים גרוש' ולהני' לריוח היום לאכול הפירו' והקרן אחר העדרה לש' אחיה כאשר צוה הנותן ובאו ש' ואחיה לדון עם המורשה ، שטר דלא כתיב בה כתובה בשוקא אי מהני שם ، ואם יש חילוק בין שטר מתנה לשטר חיוב כו' שם ، מתנה בקנין אי דיינינן דין מתנה שמירת' אי לא שם ، והעלה כיון שהממון ביד שליש ספיר אליסכחה של המקבלת מתנה הגם דלא כתוב בשטר כתובה בשוקא יע"ש דלו ע"ב

סי' יג על ענין שטר מתנה שנתחייב ר' לאשתו מעכשיו ח"ג ס"מ לאשתו דוק' ולא לב"ך ונתחייב מעכשיו ח"ג לפרוע הסך הנז' לאשתו בשלימו' בש"א קוד' פטירתו אם תהיה אשתו בחיים בעת ההיא ובירר דבריו המתחייב מעכשיו שאם תעדר אשתו בעודו בחיים המתחייב אזי פקע חיובו שכל חיובו שנתחייב הוא אם יעדר המתחייב בחיי אשתו ונסתפ' הרב המחבר בלישנא דהאי שטרא דהוי בלשון אסמכת' דילמא סמיך עליה המוריש דענין המיתה היא תהיה תחי' ، וכיון דהיא מוחזקת אי מציא למימר קי"ל שם ، כל ספיק' דאיכא בפרעון המזונו' אם היא נקראת מוחזקת שם ، אי בכל ספיק' דדינא היא המוחזקת שם ، אם השטר לא נכתב כהוגן אם קבל באופן שנהגו כל ישראל לכתוב ، אי מהני אי לא שם ، אי האי לישנא דחומר כו' דכתוב בשטר אי מסלק האסמכתא שם ، והעלה דאם קבל עליו שלא יוכל להפטר בטענת קי"ל מהני דהא שעבד עצמו לכת הסוברים דליכא אסמכת' יע"ש דל"ו ע"ב

סי' יד ע"ד יעקב ולאה דנלבה רוחם לעלו' לא"י ובא יעקב ומסר ביד ר' שותפו כל חלקו שהיה לו בממון השותפות ונתנו לו במתנה גמורה לר' ע"מ דכל ימי חייו וחיי אשתו יתחייב ר' לשלוח ס"מ לשבוע כל ימי איש ואשתו ב' יחד ובהעדר א' מהם ישלח החלי ובאה השמועה דנעדר יעקב והיה שולח ר' לידה של לאה מחלית הסך הנז' ובהמשך הימים נפשה אותה לגבות כתובתה מנכסי בעלה ולהנשא לאיש אחר וכן עשתה ונשאת לאיש ושלחה איגרת חתומה לר' באומרה מדוע עכ"ב היתה בידו ואינו שולח לה הסך הנז' ור' טוען דאדעתא דהכי לא נתחייבה אלא דוקא כל ימי היותה מגד אלמנותא יושבת בכבוד בעלה ונסתפק הרב המחבר אי מדמינן האי דינא לבת אשתו ، על ר' דנתחייב לבנו ולכלתו ליתן להם מזונות ומת בנו אי מחוייב לתת לכלתו שה אי תיבת אשתו המיוחלת לו דוקא מש' שם ، והעלה דפטור זה המתחייב יע"ש דל"ח ע"ב
סי'

סי' ל

ע"ד יצחק חשוך בנים ויהי כי זקן יצחק נדבה רוחו ליתן בח"י ונתן מתנות וחיובים רבים לאשר תלא חן בעיניו והקדשות ונתחייב כמה חיובים ליורשי נחלתו לבן אחיו מ"ך וגם נתחייב לבני אחותו ס"מ ואח"ך לרוב השנים שאחריך שנים בח"י שלא מתם שנתחייב עוד לבני אחותו ס"מ ונהמשך הזמן מת בן אחותו והניח בת נשואה לש' ואה"ך מתה הבת הנז' והני' בת קטנה ואה"ך מתה הבת הקטנה ואח"ך מת הנותן ובא ש' בעלה של שאשה שהית' יורשת של אביה המקבל מתנה בטענה דמד"ת יורשה זו נוגעת עליו מאחר דנעת מיתת אשתו אבר כבר זכתה בירוש' אביה ירשה אותה ביתו הקטנה אשר הניחה אחריה יורשת נהלתה וכיון דאחר וכייתה מתה הבת הקטנה זכה הוא מתורת ירושת בתו . על מי נוגעת הירוש' אי אמרי' הירושה חוזרת לאחי המקבל מתנה או חוזרת ליורשי נחלת הנותן או יזכה שמעון אבי הבת ונפלו דברי ריבות בין גדולי המורים של עוג"י קושטא הללו או' מזכה והללו או' שלא זכה אלו ואלו דברי אלהים חיים יע"ש (ועיין להר' המחב' מ"ש בסי' מ"ה)

סי' פז

ע"ד יעקב ולאה שנדבה רוחם לעלות לעי"הק ירושלים ונתחייבו בחיובים כתחו"ל בהיא תחילה ע"י סילוק שעבוד כתובתה וקבעו זמן הפירעון של המתנות בשטק"מ והניחה המעות כשיעור המתנות לריוח היוס בעוג"י קושטא יע"א ומינו מורשה לראובן כו' ויהי כי ארכו בימים נדבה רוחו של המורשה והלך לא"י והני' המעו' הנז' ביד המורשה שלו . ואחרי מופלי' חזר ר' לקושטא ורצה ליטול המעות הנז' להוליכם בא"י וקמו כל המקבלי' מתנות ועכבו לר' בפני ב"ד הצ' בהותרס דבריא בזיקא כו' כידוע דאיס כי ימות בא"י ובן אין לו שם במקום אביו בא"י כור הוא נחשב ואינו זוכה בירושת אביו ואלים כחייהו לבטל נחלת דאורייתא כ"ש במעות הללו וב"ד הצ' עכבו בידו ונתברר אח"ך דר' הנז' לא שמע לקול מורים והוליכם המעות לא"י . וחזר ר' פעם שני לקושטא יע"א ותו"ס תפסו אותו לראובן לב"ד הצ' ויקרינו את משפטם וב"ד רבא נתנו להם מעג"ד דר' חייב לשלומי מעידית שבנכ' יען הוא מזיק וכבר מותרה ועומד הוא ור' הנז' הוא בר אוריין ת"ח מובהק ולגביה דידיה הוא פטיר ועטיר וכתב פסקא דדינא והעמיק הרחיב וכלל במים אדרים ושלחו לקושטא יע"א להרב המחבר ותחימיה עלה רבני ירושלים ת"ו הר' ה"ק אג"ן ז"ל ודיסרן סמיכים עלוהי ופסקו בסכינא חריפא דסמי בידה של האלמנה לשלוא יד בנכסים הללו . בלוה הרוצה ליתן למד"ה אי סמי בידה דמלוה לעכב שם . אם ישלו להאלמנה וכיה בהני נכסי מחמת מזונותיו שם . אי הני נכסי בחזקת האלמנה קיימי שם . אם יש לחלק בין ש' דמציאות לספיקא דדינא שם . אם נאמנים היתומים לומר פרענו דמי המזונות אי מדמינן להו לשכירות כו' שם . אלמנה שתבעה מזונות ואין לה כתובה אם יש לה מזונות שם . אם הירושה ממשמשת והולכת לפני היורשים אלים שיעבודא דילה להתרוקן וכותם של היורשים שם .

אי לייחינן לאלמנה באומר' דאיכא למיחש לפסידא כו' שם יע"ש
דפ"ה ע"ב

סי' צד

ע"ד ר' דהיה לו חזקה א' ומטוב רצונו גמר בדע' ליתנו לו במתנה לש' והקנהו לו בקנין חזקה ועתה נספך לבו ומכרה לאחר אם יכול לחזור . ועמד הר' המח' כיון שלא העביר החזקה הנז' בפנקס הב'אקוף אי אמרי' לא ס"ד המקב' מתנה ומאחר דהמקבל יכול לחזור גם שנותן יכול לחזור אי במתנה בעינן שטר שם . אם היה קיים לחוד אי קנה המקבל ואינו יכול לחזור שם . אי בחזקה בעי' שטר שם יע"ש דקכ"ב ב

סי' צו

על שטר מתנה שבא לפני ב"ד הצ' א' דר' נתחייב מ"ומ בא"ג ד' אלפים גרוש' לבתו ולזרע' אחרים באופן שבשעדר בתו לא יפלו הד' אלפי' גרוש' בתו' ירוש' כ"א לזרעה אחריה והנה בתו המקבל' המתנ' בעת שנתנה אביה לה ולזרעה אחריה היא' נשואה לאיש והיתה לה ב' בנות נשואות ובן אחד ועברו ימים ומת הנותן ואה"ך מת הבן מהמקבל' מתנה ונ' מהבנות והניחה זה הבת מתה בן א' ושוב מתה השנתה המקבלת מתנה ואה"ך מת הבן נתה שמתה וקודם מיתת הבן בתו מת הזקן בעל' של המקב' המתנה ונסתפק הרב המחבר מי הוא הזוכה בנכסים הללו . אם יש לפרשו מ"ש ולזרעה אחריה בב' אופנים כו' שם . אם ג"ד הוי כאין אחריך כו' שם חיובו של נותן זה אם הוא בל' הקנאה כו' אי מט' נקנה בחליפין כו' שם . אי שעבוד החוב מהני בשטר שם ובשטר מתנה כלוה כתוב דנתחייבו היורשי' בק"ג ובשבו' אי מכח השבו' מחוייבים אי הא דקנין א"כ שבועה אין כאן דוקא בשבועה דהמוציא שבועה מפיו הוא עצמו בר אוצא גרם היכא דבא רעהו ונתחייב את עצמו בשבועה לאשר ולקיים מה שנתחייב אי בכה"ג מצי טעין כו' שם והעלה שאחר האיתו' שמע דסוגיין מתז הוא להתשוביני' מתונה בשופי יע"ש
דקכ"ה

סי' קב

ע"ד ר' שהיה מוטל על ערש דוי בחולי אשר ממנו מת והוא בחור בכר יין והיה שפוי בדעתו ונתחייב בחיובים להק"ש ולת"ח ולפרטים אחרים כאשר נמצו' מפי כתבם של העדים אשר המה מגידי אמת דנעשה הכל כתז"ל ושעבד נכסיו ע' ועב"ך בש"ז ק"מ וקנו מינה על הכל וקבל ש' הפוסק כו' ע' ועב"ך ואח"א רבנו' מזותו חולי ולהנו אין לו אחים ונפלו נכסי קמי יתום קטן אחיו של אביו ר' שבחור הנו' וקמו בני המשפחה של היתום היורש לבטל החיובים ונסתפק הרב המחבר דאין כתוב בשטר החיובים הללו מגי' אומר בבדיקת שערות אם היה לו לר' הבחור הנו' שערות שאם לא היה לו שערות דין קטן יש לו . אי אמרי' חזקה שהיה לו שערות כו' שם טעמא דרבא דבודקין לאיילה ולא סמכינן החזקה שם אי אזלינן חזקה לאפוקי ממונ' שם אי בכה"ג מהמני' לגבי שם. אי חזקה אלימתא אפי' במקום שאפשר להתברר אי אזלינן בתרה שם והעלה דסמכינן החזקה יע"ש דקכ"ב א

סי' קה

ושייך לענין הקדש

סימן קה

על ענין ר' שנתחייב בחיוב מ"ומ וש"א קודם פטירתו שכל נכסיו אשר

ימצאו שהקדיש רביע כל נכסיו לעניים אשר בחברון ע"מ שיקנה ההקדש מעכשיו וש"א קודם פטירתו והג' רבעים ליורשיו אשר בקושטא יע"א אך בתנאי עשוי כתחו"ל כתנאי בגוב"ר שכל אשר ימצאו אשר הם מונחים לריוח שיוס וכין אשר ימצאו מעות בעין יהיו בני נשי שהם נ"ב ובתו רשאין ושלטניות לעשו' כרצונן ולהיות ניזונות מנכסיו כל ימי חייהן עד סך שלשה אלפים גרוש' בכל שנה דהיינו שירתיו נתחייבו לשלוח לבני נשי בכל שנה מהמעות שיש לר' לריוח היוס בקושטא לנוות ביתו אלף גרוש' ולבתו אלף גרוש' ונתחייב בחיוב ג"וש עוד אלף גרוש' באופן שיהיה לבן בין שתיהן סך ג' אלפים גרוש' בכל שנה ומעתה ומעכשיו גילה דעתו שכל מה שישאר אחריו כסף וש"כ הכל ישאר ביד בני נשי לביטחון הג' אלפים גרוש' בכל שנה כל ימי חייהן ובהעדר א' מהן ישאר הכל ביד הנשארת בחיים לביטחון הב' אלפים גרוש' ותנאי גמור עשה ר' שאין לבן רשות לבני נשי לתת במתנה כי אם דוקא לעניים ולא"ח מחברון תוב"ב ויהתמשו בני נשי כל זמן היותן בחיים כמדובר ׳ והוויינוט דבני וגנאי קיפת העניים שלא להבי' לבני נשי לשלוח לקושטא אפי' שוכ"ק כו' ונשבע שבועה המורה לקיים כל הנז' דלא כו' או ליפנא דמשתמע לחרי אנפי הכל יהיה נדון לזכות ההקדש ואפי' שהביה שנרה ינ"ר ודחויה מכל הפוסקי' ז"ל ושעבד גופו כו' וגם חייב לב"ך ושעבד את גופם בכל החיובים הכתובי' בשטר ואמר לעדים שטר היובא דנא כתבוה בשוקא כו' ונסתפק הרב המחבר שהתנאי שהתנה הנותן דאחר העדרו יהיו בני נשי שלטניו' לעשות כרצונן כו' דמשמעות דהאי ליפנא הוא דלא הקנה לבן הנותן שום הקנאה בגופן של הנכסים כו' ׳ שכיב מרע שאמר יהיו נכסי ביד פ' אי הוי לשון מתנה אי לא שם ׳ אי יהיה להוד בלחי הוכרה ביד אי מתני בם ׳ אי ליפנ' דרשאה כו' מאי משמעותו אי הוי ליפנא דאפטרו' או מתנה שם אי ההקדש חל תכף על כל הנכסים כו' שם ׳ אם חלה השבועה על בני נשי כיון דתכף למיתת ר' חלה ירושת היורשים א"כ נמצא דמלאה מקום השבו' להול על בני נשי כו' ׳ היכי דהמטבעות לא נקנו דא"ת נקנה בחליפין אף המטלטלין לא נקנו שם ׳ אי מטלטלי דיתמי גם באפותיקי אי משתעבדי לבע"ח שם דקל"ח א

סי' קט"ב

על ענין ר' בלכתו לא"י נתן במתנה לש' כל מטלטלי ביתו

שהיה לו בתנאי דבאיזו שעה שירצה הנותן לקחת מאותן המטלטלין להשתמש או ליתן ולמכו' שיהא רשאי כאשר היתה מתו ומקדם וביתן שיבא השמוע' מהנותן הוי כל מה שימצא מאותן המטלטלין יזכה ש' זכיה גמורה ועתה שבא השמועה קם המקבל מתנה לזכות וטען היורש קיים שטרך דנעשה כדין ונסתפ' הרב המחבר כיון דלא נודע לו בעת חיותו איזה סך ישאר נמצא דמתחייב בדשא"ק והילי' שהרב פרי הארץ

ה"ב סי' שהוא כעין נ"ל ופסק דהוי דשא"ק ׳ מאשר ימצאון אי הוי דשא"ק שם ׳ המתחייב עצמו למה שישפר פ' אי הוי ד"ק שם ׳ והעלה רב חנא המחבר דוכה המקב' מתנה דזה לא מקרי דשא"ק היפך דעת הרב פרי הארץ וכן הסכים על ידו יד הקדושה רביה דרב המחבר הרב המופלא רבי אליהו ז"ל ׳ (ועיין להרב אבני שהם ממהר"א פרץ בדפ"ו מש"כ ע"ד הרב פרי הארץ ולהרב אבל יצחק ח"מ סי' ד' ולהמאור הגדול מופת הדור מופלא הסמוך מהרח"פ נר"ו בס' חקקי לב ח"מ סי' ג"ס)

ושייך לענין הקדש

סי' קכ"ח

ע"ע הקדשו' דהקדיש מהר"י מורחי דטרס כל קודסעלה במחשבתו של הר' המקדיש

לחיוב ההקדש הנו' כבר הכינם והומינם לחכמי הישי' בבית מדרשו והיו לומדים שם בקבע והיה נותן להם הספקתם ריבה לא' ומיעט לאחר וכתו שרא"ו ב"ד הנז' בכתב ידו ממש של הרב המקדיש דשרטט וכתב אחורי דף הפנקס ששה משמותם של מעלתם של חכמי הישי' ואחר קיום ותיקון ההקדש קם הרב המקדיש ועלה לשכון כבוד לעיר הקדש ירוש' ת"ו ונשתהא שם ואה"ך נהפך לבו ויצא יצחק מהתם לקושטא יע"א ועברו ערעורי דברים עם חכמי הישיבה שרצה להחליפם באחרים ולא רצה הרב המקדיש לתת לחכמי הישיבה די ספוקם ובאו לדון בפני ב"ד רבא של מעלת הרב המחבר וב"ד רבא פסקו דלדקו דבריהם של חכמי הישי' ובא שעתא קבל את הדין בסבר פנים יפות ואח"ז בא הרב המקדיש עם החכמים בפני ב"ד רבא ונסתלקו החכמים מוכוחם שהיה להם לפום דינא זולת מא' המיוחד דלא רצה להסתלק והרב המקדיש בא בטענה דרצונו לבטל ההקדש מכל וכל מאחר דכבר הלכו הלבו כת"ח הנבררים שהיו בשע' הקנין נמצא דאין כאן זוכים כו' ׳ על אב דהשכיר מלמד לבנו והוד בו אם יכול לחזור כו' שם ׳ הנשבע לתועלת הקטן אם צריך להמתין עד שיגדיל ויתן לו רשות כו' שם ׳ אם באומר סלע זו לעניים דאינן מבוררים אם זוכים באמירה לגבר שם ׳ והעלה מאחר דעדין ברשותו דמהריה קמא קאי דהיינו מנ"ר המקדיש א"כ שמי בידיה לשנותו אלא דנעשה עליו נדר כו' א"כ נשאל להכם והכי הוה המעשה שמע' הרב המקדיש נשאל על נדרו בהיותו בירוש' ושלחו מחם רבני ירוש' ת"ו ועילא מבזון הרב החסיד מהר"א גאגין ז"ל להרב המחבר שהרב המקדיש אין בדעתו לחזור כו' כי אם לשנותם מחו"ל אל הקדש פנימה ירו' ומה עתה דבא נכלו מחו"ל ערוס ויחף ונפשו חשקה בתו' כו' וכל שינוי דהוי לעילויא שמי בידיה של הרב המקדיש יע"ש דקי"ב

הל' מכירה

סי' כו

ע"ד ר' זונן שבימו בחיים נשתווה עם ס' ומכר לו ש' מחצית מכל זכות מולק"י

הבנות מעסק איואנ'יליק וכתב לו שטר מכירה עשוי כתחו"ל ואוס"ר באר"ש מב"ד רבא ובכלל המכירה הנו' מכר והקנה לו גם מחצית מכל כלי הפוס זעים הידו' לרגל

לדגל המלכה מעסק הבוא ונא נפרק נשתתפו ג"כ
רו"ש כנו' בעסק הנו' ע"כ ומן היותם בחיים בת"ג
עליהם כו' ומת ר' והשאיר אחריו יתום קטן ואלמנתו
וסמכו היתו' והאלמנה על שלחנו של אבי ראובן והזקן
הלך לא"י והולידעמו לנכדו והיה שם עד מות הזקן
והן כהיום בא היתום הנז' לעירו והיתום כבר הגיע
לכלל שנים הנה הוכיח סופו על היותו אחד מהפתאי'
וקטן שנולד דמי' וסוכרחו ב"ד למנות אפוטרופוס
עליו ואחר העדרו של ראובן הנו' נשאר ש'. הוא
לבדו מתחמש בעסק הנו' בהגות הנו' וזה שנים שנפטר
גם שמעון ונשאר בנו מתחמש בהגות וזה שניםששכי'
כולה לאחרים ועתה הקריבו את משפטן לפני ב"ד
שהאפוטרו' היתום תובע מאת ן' ש'שימסור לו מה
שנוגע להלק היתו' מיום העדר ראובן ושיכום הקרן
של ראובן וגם הריוח מאז ועד הלום כו'מי הוא הנק'
מוחזק אי אמרינן מרי קמא הוא המוחזק או מאן
דקאי השתא ואם יש חילוק היכא דאיכא
מיגו ללית ליה שם ואם יש חילוק בין מלוה לשותף
כי אפטר שנחלק בשות' אף חוך ומגו וטוע' ליורש
ע"ע זה חרי נעשה פואל כענין ומשיב כהלכה מנ"ר
הדיין המלויין רב הו"ד יוסף אלפ'אגלארי נר"ו
ואת הלכה העלה שמלי'ן' שמעון לפטור את עלמו
בטענה שמא נתפרדה המבילה כו' ברם לגבי חלקו
מהפום'אטים שהם ידועים שהוא מנכסי השותפו' הא
ודאי דיטול היתום הנו' ואפי' מיתומים קטנים
מוליאין יע"ש

סי' סח

סקו"ע במחלו' הרמב"ם ורבותיו בקטן
שמכר פחות מבן עשרים ונעשהן' עשרים
ולא מיחה והביא מתהרשד"ם ומהרש"ך דמאחרים קמא
הוא המוחזק כו' ענין נאמנות לגבי לקוחות אי מת
מלוה אחר המכירה דנתחייב המלוה שבועה ללוקח
אי אמרינן נכה"ג א"ז מורים שבועה שם אי
נספק הקנה מלי המוחזק לו' קי"ל שם יע"ש דלג ע"א

סי' עז

על ענין ר' שהניח את ש' ואמר לו
אמת שאני מכרתי לך החנות אמנם היה
בתנאי דבכל שעה דיודמן לו לר' המוכר המעו'שנטל
מיד ש' שיחזירם לש' והוא יחזיר לו המעות וש'אומר
להד"מ אלא המכירה היתה החליטית בלתי שום
תנאי והראיה שבשטר המכירה כתובה מכירת עלמין
ולעומת זה הוליא ראובן זכרון עדות איך מכיר'החנו'
נגמרה בתנאי זה דבכל שעה שרולה ראובן המוכר
להביא דמי המכירה לש' שתו"ס יחזור לו החנו'ועוד
טוען ר' לש' והראיה שע"ת זה היתה המכירה דהא
שיווי החנות היא שוה כפלים מן הדמים שנתת לי
כו' אי אמרינן אוקי תרי להדי תרי ואוקי
ארעא בחזקת הלוקח שם המוליא מחבירו
עליו הראיה אמנם במלתא דאיסורא לא הוי דינא
הכי כו' שם אי אמרינן אוקי תרי לכדי תרי אפילו
להקל שם אי תרי ותרי ספיקא דאוריי' שם
היכא דפתיך בהדי איסורא דררא דממונא אי אמרי'
קי"ל יע"ש דק"ח

סי' קג

ע: ענין מי שנתחייב למכור בשנו'
להבירו ביינשעושה בזמן הבציר דאם עושה
ך' בוטאש נתחייב למכור ג' בוטאש ואם עושה כ"ה
בוטאם נתחייב למכור ד' בוטאש ובא זמן הבציר ולא
השיגה ידו של מוכר לעשות לא כ"ה ולא ך' בוטאש
אלא מנה עשר בוטאם ונסתפק הרב המחבר אי היוב'
רמיא ליה למוכר למכור לו ללוקח בוטה אחד כיון
דאם היה עושה ך' בוטאש היה מבייר לעלמו טו"ב
בוטאם כו' מי שנשב' לתת להברו מנין ידוע ולא
נזדמן לו אלא מקלת אי חייב לתת לו אותו מקלת שם
הסכים מרע שאמר שיתנו לפ' ס"מ ואה"ך נמלא שלא
היה לו אלא החלי אי המתנה בטלה שם והעלה
שמשמע מסתא דגנרא רבא מהר"ר עובדיא נחן דכפי'
דעתיה דמר בנ"ד הלו בדוקא אמר ך' בוטאש וקפיד
למעוטי אם עושה פחות מך' בוטאם ודעתו
ד"ע של הרב המחבר דלמיחם מיהא בעי הגם דליכא
שבועה כ"ש היכא דאיכא שבועה יע"ם

סי' קו

על ענין ראובן שלקח סחורה מגוי אחד
סוחר לפורעם בזמנים מוגבלים והיה ר'
פורע והולך ליד ש' ספרסור של פתח הסוחר והסרסו'
היה גותן לסוחר כל הריקאב'דו כנהוג ועתה נפל
הפרש בין ר' ובין הסורר דר' טוען פירעון הלז
כבר מסרתי ביד הסרסור והסרסור מודה דר' מסר לו
הסך הנו'והוא נתנם לסוחר אלא דשכחם ולא העבירם
הסוחר בפינקס כנהוג והסוחר טוען ברייא לי שלא
נטלתי כלום מיד הסרסור ורולה לפרוע מראובן
פירעון הלז או שישבע הסרסו'ויפטר ר' אי משביעין
לסרסור ע"פ טענת גוי אי מצרפינן טענת המלוה
והלוה ומשביעינן לשליא שם אי טענת גוי
חשיבא טענת ברייא שם ואי חשיבא לאשבועי שם
ואם רולה הסרסור לישבע אסיסכימו ב"ד לישב'מאחר
כי טענת גוי חשיבא טע"ש יע"ש דקמ"ג ע"א (ועיין
במ"ש הרב המחבר בסי' ע"ד)
סי' קי' ונד' בטעות סימן קי"ט

סי' קי

ע"ע ר' שלקח מגוי אחד בגדים בזול
מחמת שהמוכ'גנבם ור' מכרם לש' ואמר
לו שהם גנובי'והוסירו שלא למכרםאלא לאחר ב'חדשי'
ובהחבא וש' מכרו ללוי בזול ע"ת שלא ימכרם אלא
בסחבא ובעיר אחרת ולוי לא היה לו מעות דמי
המכירה כולן ונתן לש' מקלת מעות והנשאר מכר לו
סחורה אחרת ובא ש' והחזיר סחו' ללוי שהיה בו
אונאה והשיב לו לוי שכבר מכר הבגדי'והלכו הלוקחי'
לעיר אחרת וכשמוע ש' דברי לוי נתרלה במקח הנו'
והאמת היה שלא מכרם ואחר ימי' בקש למכור אותם
והלוקח היה קרוב לנגול ונודע הדבר לבעלים ובאו
להנותו של לוי ולקחו את הבגדים בלא כסף ותפסו
הואבים את רו"ש ולוי וש' הלילו את עלמן ואת
ר' הכניסו אותו בבית הסוהר ור' הוכרח לשלם דמי
המקנה בפני הואביט כו' והעלה דהגם דריהטא דדינא
הוא דהדין עם המוכר אסר מטע"ז מכרם לו בזול
והוהיר לו שלא ימכרם אלא לאחר ב' חדשים ובהחבא
מ"מ עשה ספר דבר דקמ"ח ע"א
ושייך למלוה על המשכון

סי' קכא

ע"ד ר' שמכר לש' חפלים בקנין
הראוי לו ואחר שקנאם לא היו כל
המעות

מעות מזומנות ומקצתן נתן לו ורצה ר' המוכר שאין יד ש' משגת לפרוע בשלימות מעות שמקח נטל מש' מקצת מהחפצים בתורת משכון ואח"ז שבא ש' ליטול המשכון ולפרוע לא מצא ר' שיעור החפצים שנטל בתורת משכון אלא מצא מקצת כו' למי נוגע הנזק וההפסד אם על המוכר או על הלוקח כו' ואפילו לכת מן הראשונים דסברי דהמלוה על המשכון דאינו אלא ש"ח אם הוא משום דלא שייך במלוה שום הנאה כו' אמנם היכא דבא בדבר מכח מכר כו' יע"ש דקסח א

סי' קכד ע"ע היכא דאתיליד ספק בקנית הליקה יקדם הלוקח ומכרו לאחר ובאי' לדון המוכר הא' עם הלוקח ב' יע"ש מה שהביא מהרא"ה ומהרמב"ם והר"ן דק"ע עא

סי' קכה ע"ע אפוטרו' ע"י מינוי ב"ד שמכר קרקע של יתומים והמכירה היתה בלתי רשות ב"ד וכששמעו ב"ד נתרצו במכירה מטעם דאיכא תועלת ליתומים נסתפק הרב המח' אי בעי' קנין אחריתי ושטר אחר מטעם דמכירת האפוטרו' היתה בלי רשות ב"ד , אם יש חילוק בקרקע שבא להם בירושה לשבאה להם במתנה שבאי אפוטרו' שמכר קרקע של יתומים כדי לפרוע החובו' וכשגדלו היתו' רוצים לבטל המכירה שם יע"ש דק"ע עב

הל' שכירות

סי' א על הודו' ר"ומ שהיו שות' במולקיי א' ומשכנו אותו כנהוג במשכנת' בשכירו' לאלמנה א' ואח"ך מת ש' ובאה האלמנה לדרוש זמן בנין הקו"ש ותבעה לר' מכח שטרא דנידה דכתיב דנעשו קבלני' ואין כתוב בשטר המשכ' נאמנו' לגבי יתומים קטנים לדעת מהרהנ"ח ור' טען דש' בחייו נטל מידו כל הסך הנז' מהמוקדמי' כדי לפרוע להאלמנה הנז' וזה היות דכבר מסר בידו הטימיסוק של המולקיי כו' ונסתפק הרב המחבר אם יש לחייב לר' כל סך המוקדמים ואפי' חלק היתומים כיון דילא קבלן בעד חלקו של ש' או נימא כיון דהמלוה אינו יכול להוציא מעותיו כיון שהם יתומי' גם מן הערב אינו יכול כו' אי קניינו של שוכר הוא לשימוש אבל גוף הקרקע הוא של משכיר שם , אי תרי ותרי הוי ס' דאורייתא שם , במידי דהוי ס' דדינא בין משכיר לשוכר מי הוא המוחזק שם , אי השוכ' חייב במזוזה מד"ת או המשכי' שם אף דקנין אגב הוא מדרבנן אי נעשה שלו מד"ת יע"ש ד"א

סי' ב ע"ד ר' דתבע את ש' לדין בשטר משכנת' שיפרע לו המוקדמים או שיעשה תנאי הכתוב בשטר המשכנתא הגם שיפרע לו דמי השכירו' שדר בחנות וש' הודה על הכל אלא שירחיב לו זמן יען דש' עשה לו טובה עם ר' דזה הסך הכתוב בשטר משכנתא לא קבל ממנו בתו' שכירות מוק' אלא שהיו לר"ומ שות' והפסידו מן הקרן סך גדול וש' לא אסיק אדעתיה שיפסיד ר' כפי חלקו וכתב לו שטר משכ' ונסתפק ע"ד פתגם אי קניה ר' החנות בתו' שכירות מוק' מאחר דלא קבל שום דבר א"כ הוא ליה מלוה ולא קניה בשכירות , אי שכירות נקנה בק"ס שם , והעלה שע"י קנין סודר שנוטל בשביל הודאה ובשביל עיקר השכירות זכה השוכר מטעם דכבר פשטא הוראה לקנות ולשכור בק"ס וזכה ראובן בדינו יע"ש ד"ד ע"א

סי' טל שק"וט במחלוקת מהרי"קו ומהרא"ש רמזו הרב המגיה בס' מש"ל ה' שכירות דלר"א אי בספיקא דדינ' נמי ס"ל לרשב"ם אוקי ארעא בחזקת מאן דקאי השתא יע"ש דס"ו ע"ב

סי' מא ע"ע ר' דהשכיר חנותו לש' בשכירות ס"מ בלי קצוב ואח"ך חילה ראובן המשכיר את ש' דישתתף עם לוי בנו של ר' עמו ושיתף עמו בחנות הנז' במ"ומ דהיה מתעסק שמעון ובהתמדם יחד לעשות חש' ראה לוי דאין הקומץ משביע לסרוחת שניהם ורוצה להפריד השות' ושמעון בשות' ור' המשכיר אביו של לוי רוצה להוציאו לש' מן החנות אם יכול כו' ונסתפק הרב כיון דבעידנא דהשכיר את החנות ר' לש' לבדו והוא היה דר לבדו דעדין לא היה שות' ש"ול אלא שמעון לבדו זכה בשכירו' הנז' יע"ש דע"א ועי' להר' המחבר בסי' מ"ח ולקמן סי' מ"ד

סי' גם על אודות ר' שהשכיר לש' בית אחד לזמן ה' שנים ובטרם כלות הזמן בא ש' אצל ר' ותבע ממנו שירחיב לו זמן עוד שנה אחת אחר כלות הזמן ור' הודה לו שידור בה עוד שנה תמימה אחר כלות הקצבה של החמשה שנים ואח"ז בא ש' אצל ר' ואמר לו שאינו חפץ עוד לדור בבית הנז' כ"א הקצבה דוקא ובא ר' והשכיר את ביתו ללוי לזמן ה' שנים ע"פ מאמרו של לוי ונגמר עסק שכירות של לוי בקנין כסף כתחז"ל ואחר עבור ימים הדר ביה ש' ובא אצל ר' באומרו שרוצה הוא בשכירות החדש ואינו יוצא מן הבית עד כלות זמן שנה תמימה כו' בדבר דאיכא דעת מקנה להקנות לזולתו אי בעינן נמי דעת קונה שיכוין לקנות ואי לא כיון לא קנה שם , והעלה דכל דליכא לשון הקנאה כדינו לא מהני הרחבת הזמן יע"ש דע"א ע"ב (ועיין להרב המחבר בסי' ס"ג

סי' מה על ענין שטר שכתו' שהשכיר ר' לש' חנות פ' והקדים השוכר ס"מ להנכו' ואחר הנכות הסך הנז' יהיה פורע ש' שכירות בכל חדש וחדש ס"מ ותנאי גמור דכל עת וזמן שיהיה פור' שכירות בכל חדש וחדש ולא יצרף ב' חדשים במקום א' או לא יוכל המשכיר וב"ך לסלק לשוכר בפו"ו שבעולם ולא יוכל להוסיף על השכירות אפי' עד ן' שנה ומת ש' השוכר ונכנס בחנות בנו ואח"ז נתעורר המשכיר להוציא את ן' השוכר בטענה מאחר דאינו מפורש בשטר השכירות ב"כ של שוכר וא"כ כיון דמת נתבטל השכירות כו' , על שטר שכתוב מעתה ועד עולם אם ירשו בניו וכוחו שם , ואם יש חילוק כשנתן קצבת השכירות בפי' אי אמרינן בניו יורשים וכוחו שב אי בחיוב אמרי' לו ולירושיו שם , והעלה דהדין עם המשכיר וכן הסכימו עמו חבריו דעג ע"א

סי'

סי' מו על ר' ואחיו שות' גם שכיר ר' לאחיו
חלקו בחצר לכשיפרדו מהשות' עד ז'
בעל ס"מ לחדש ועשו שטר ואח"ך נפטר ר' ונשאר
ז' ראובן שות' עם דודו כ"כ ומנואח"ך נתקטטו בניהם
וגמרו בניהם להפריד השות' ובן ר' לשאול הגיע אם
ב"ה מחוייב להמשיך השכירות הנז' עד זמן הנז'
כו' , אם היורשים רוצים להסתלק
מהשכירות ואינם רוצים לפרוע אלא הזמן שדר בו
אביהם כו' אי ארעא בחזקת המשכיר קאי שם ,
אי השכירות הוי לו ולא ליורשיו שם , אי
השוכר רשאי להשכיר שם , על ענין זה תני
תנא הר' המו' מוהר"ר מיכאל אשכנזי ז"ל
דוכה ז' ר' המשכיר דע"ל ע"א

סי' מז ע"ע ר' שהשכיר ביתו לש' לזמן ב' שנים
ודר בו השוכר עוד ב' שנים אחר
השלמת הב' שנים של זמן הראשון בלא דבר איש
את רעהו ובהמשך זמן השכירות האחרון דרש המשכי'
מן השוכר שיריק ביתו שרוצה לדור בביתו ושאל השוכ'
מן המשכיר שיתן לו זמן והמשכיר אינו רוצה ליתן ,
דעו א

סימן מט ע"ד יעקב ובנו ר' היו שות' בחצר
הבתים והיו דרים כ"א בבית א' לפי
ערך הבתים ומת יעקב והשאיר אחריו ד' בנים
גדולים וקטנים ובא ר' ודר בבית יעקב והבית אשר
היה דר ר' השכיר' לאחרים והדמים היה נוטלם ר'
לעצמו ועתה יחדיו למשפט נקרבו על דמי השכירות
כו' , בשותף
בבית א' ודר בו הא' ובא שותפו שלא דר בו לתבוע
חלק דמי השכירות כו' שם , והעלה שיטול
כ"א חלקו הנוגע יע"ש דפ"ט א

סי' ס"ד על שטר שכתוב שר' השכיר לש' וללוי
מולקיי חנות א' והמגאזין שבתוך
החנות והפוסאט שבתוכה ובידיקי"ם של אומנות פ'
בסך מה ועוד נתן ר' לש' וללוי סך ת"ק גרוש' בתו'
עסקא ועתה בא ר' ונתן לש' וללוי הכל כאשר לכל
במתנה ב' חלקים לש' וחלק א' ללוי גופ' מהיום
ופרי שאק"ת כמבואר בשטר כו' וכתב בשטר אידוכו
המקבלים דהיינו ש' ב' חלקים ולוי חלק א' וכיה
מועליא באופן המועיל כו' וכל ס' דדינא שיפול ע"כ
ענייני שטר זה יהא נידון לזכות של מקבלי מתנה
ואפי' ס' ורה ויהי' אלה כו' ובת"ק גרוש' של העיסק'
הקנה להם הנותן בק"ס ואין מטבע נקנה בחליפין
כו' דל"ב ע"ז

סי' צ"ה ע' ר' דהשכיר לש' חנות לג' שנים
בקנין ובתוך הג' שנים הנז' חילה
השוכר פניו של משכיר שישכיר לו חנות הנז' לזמן ג'
שנים אחרים בכלות זמן הראשון והזמין השוכר עדים
ק"ו והודה לו המשכיר שידור בחנות הנז' עוד ג' שנים
חוץ מהג' שנים הראשונים ולא היה שום קנין בדבר
לא דבור בלבד , הגם דלא אי"ל לך אק
אי דירת השוכר דקאי בגווה אי הוייה קניה מעליא
ולא בעינן עוד שום קניה שם יע"ש דקכג ב

סי' ק על ר' שהשכיר חנות א' לש' לזמן קצוב
והניח מורשי' לפקח על נכסיו ויש"ם
דרך פעמים לא"י ויהי מימים כתבו אגרת חתומה
מורשים לר' שהשוכר ש' מעכב דמי האגייא דה
בטו"ת שיש לו ויען שש' אלה חצוב ואינם רוצים
לעמו' עמו בדינא ודיינא ע"כ - כתבו לר' שיבא
להתדיין עם ש' ויהי כן ובא מא"י לח"ל ותבע לש'
לב"ד ועברו חשבונו' ותבע ר' מש' מאחר דלא נשאר
זמן אלא שנה א' הנה מודי' לו שרוצה להשכיר החנות
והשיב ש' דיש לו טענות שלא לצאת מן החנות ורוצון
לווה שישיב עתה טענותיו יען שהוא רוצה ללכת
לא"י ושמעון משיב מאחר שלא בא זמנו אינו רוצה
לטעון אי מהמנינן ליה לשמעון דיש לו טעו"ת
אם לא שיקבל ח"ס כו' , דקי"ל ע"א

סי' קא ע"ע ר' שהוציא שטר מכל' בסך ג'
אלפים גרוש ותבע מש' שיקיים תנאי
הזיכומין וא"ל שיחזיר לו המוק' וש' השיב שכבר מחל
לו ר' סך המוק' ור' משיב להד"מ כו' ואם ע"פ הדין
הוא מחוייב לישבע על טענתו הרי נשבע בנ"ה
ובשטר המכל' כתוב נאמנות לבל יחוייב שו"ם קו"ת
כו' וטוען שמעון שר' חשוד בעבירה כו' ולדעתא
דהכי לא האמינו לו' על שטר שכתו' בו נאמנות כב'
ע"כ ואשתכח כפרן בממון אחר ע"י עדים אי בטיל
ליה הנאמנו' אי בחשו' ואי' ליה נאמנו' אי מפסי' או"ל

סי' קו ע"ד ר' שהשכיר ביתו לש' לזמן
ובעודו דר ש' בבית אמר לו ר'
שיחזלו חדר א' יום א' בשבוע שכך התנה בעידן השכי'
וש' טוען להד"מ ור' טוען ישבע ש' שח"ו לא היה
ויפטר לתת לו החדר , היכ' דשמהלו' בשכירו' אי
מוקמינן הקרקע בחזקת המשכיר שם , אם
הם מוחלקים בט' דזה אומר כך וזה אומר כך אי
מאן דקאי בגווה הוא המוחזק דקמ"ב ב

הלכות אונאה ומק"ט

סי' יו"ד ע"ד ר' שמכר מרגלית א' לש' ובשע'
המקח אמר הסרסור לש' שכבר נתנו
ס"מ והשיב ש' תנה לי נער' הנז' ובשע' גמר המקח
אמר הסרסור לב' למוכ' וללוקח דעו בין אם יהיה
השווי יותר ובין אם יהיה פחות אין לכם מודה ואחר
כך נמצא אונאה , באופן דליכ' דינאונ' אי איכ' ביטול
מקח שם , הא דאמרינן דאם שהא יותר
מכדי שיראה לתגר דהוי מחילה אסיש חילוק היכ'
דנתן הלוקח המעו' בהיכ' דל"ן שם , והעלה
שזכה הלוקח וכן פסקו ב"ד והרשב"ם דל"ד ע"א

הלכות מצרנות

סי' מב שק"ות בדברי מהרא"ש בתשו' סי' קט"ו
דהא דאמרינן ש' חרם להחמיר הי"ל
בהבנ' דבריהם אבל היכ' דפליגי בהב' התקנות לא
אזלי' בש' להחמיר ושק"וט בדברי הרב פאת נגב דכל
ש' שנופ' כו' בין שהש' הוא מצ'עצמו כו' ובין בדיני
מצרנות עכ"ז ש' חרם לתחמיר דע"א ע"א
סי' נד שק"וט בהאי דת' הקדמו' דהשוכר קודם לכל
מצרנאי הוי מע' דהוי מחלו' ושא"ע , אם בכל
ש' דאיתיה בש' חרם אי הלוק' הוא המוחזק שם
דע"ב ע"ב

הלכו' פקדון

סי' כד מי שהוא מוחז' בדבר מה ושו' הפקידו
המוחז' עצמו אותו דבר ביד אחר ויש
ש' בדין מי זוכה יע"ש דין ע"פ

סי' נו ע"ד ר' שהיה לו חוב לגבות והי' פני
ש' שיגב' ע"י וישלחם ע"י איש נאמן
וכן

וכן עשה שגנבה א"מ מהרוב ושלחו ע"י לוי וכשבא
ר' לגבות פקדונו מיד לוי השיב לוי דנאבדו בדרך
עם מעותיו שהיה לו נכיס. אי אורחא דאינשי
לשמור הפקדון במקום העשוי למיפק ולמטמש נו או
לא שם. אם נתן דבר המופקד במקום
שרגיל ליתן את שלו שם. אם הניח הפקדון עם שלו
בכיסו אי חשיב פושע א"ל קשרם בזרועו שם והעלה
דאין להוציא ממון מיד לוי אלא דצריך לישבע שבוע'
השומרים דרבי' עליו יע"ש דפ"ה ע"ב וגם בט' פ"ד
סימן קי"א ונדפס בט' סי' ק"י ע"ד ר' שאמר לש'
טול מעות אלו בידך בשת' ולא פי' לו
ע"ד שמרם אם נעשה שומר עליו או בעינן שיקבל
עליו השומר לשמור בהדיא יע"ש דקמ"ט א

סי' קכג שק"וט במרדכי פ' הגו' קמא משם
ר' כאיי דהמפקי' מעות אצל חבירו
כו'. אם עבר ושלח בהם יד והרויח נותן לו מחצית
השכר כו'

הל' שוכר

סי' מט שק"וט עמ"ש הרא"ש בא' סימן מ"ו
דשוכר כשר אע"פ שלא הוזכר בה לא
עדי השטר ולא זמנו כיון שהשיכו' של השט' והשוכר שוים
והביא מהמש"ל שכ' בסו' פ"ו מהו"ל שמצא להבע"ח
שכת' היפך מזה וכתב הרב המח' על זה שהאי מציאה
דאשכ' לי"כ היא שבות מנא היפך בשער ג"ן ה"ב
סי' ב' ד"פ

הל' קניה

סימן ס"ג חקר הק"א אי כמו שקונה ישר' חצירו
קונה נמי לגוי הצי' אי גוי וקטן שוים
הם דאינם בתו' שליחות שם דל"א ע"ב

הלכות גזילה

סי' נ ע"ד ר' שהלך לא"י והניח ב' מורשי' כו'
וגם' שבאו המורשים לעשות חש' מצאו
האיבה בחוזה ונגנבו מתנה כל דמי האגידה כו'.
אי המורשה הלז יש לו דין ש"ש. ובאי עיסקא דפ'
מלוה כו' אי נגנב ההלי של פיקדון אי חייב לשלם
דע"ט ע"ב

סי' סב שק"וט בדב' מהרימ"ט אי עשו חק"ה
בגנב תפו'. מי שגזל שפחה ומכרה
אי מצי הלוקח לו' קי"ל כו' כמטלטלי דמי שם (ע'
להרב המוספה מהרא"פ נר"ו בס' חקקי לב ח"ב דקס"ו
וקס"ו משנו"ן בדברי מהרימ"ט ומסי"ק דמצי הלו' לו'
קי"ל דעט ע"ב

סימן פ שק"וט רב חדב"א בדברי הרמב"ם פ"ג
מה' ג"וא דין א' אם שבר את החבית
או מכרה שנגמ' לא נזכר דין מכרה ומהרמ"ה הראה
לו לסוף הרא"ש כו' דקי"ב ב

סימן פא ג"ו מהר"כ"ל ע' מי שגזל ש"ום מממון שות'
אי עב' ע"ל דל"א דקי"ב ב

סימן פ"ב ע' מי שתפס מחבי' ונגנב מת"י השו' אי
הפסידא הוי לתופס דקי"ג א'

הלכות הקדשות

סימן נ"ב על ר' שהלך לא"י וחייב את עצמו ש"מ
להקדשו' ובשטר לא נכת' כתבו' בשוק ז
אי השט' בטל והעל' שתחו' לתת לא"י א' דפג

הלכות נזקין

סימן כ"ט על ר' דהלך לא"י ועשה מתנו' וחיובי' כו'
בש"א ק"מ והניח מורשה כו' ואחר ימים
נכנס רוחו של המורים ללך לא"י ועלה בדעתו להוצי'
הנכסי' של ר' ובאו המקבלי המתנה בפני ב"ד וצ"ל
החרו לר' שלא יוליכם המעות מאחר דבריא הוויקא
כו' והמורים לא שמע לקול מורים והוליכם עמו כו'
יע"ש דנו ע"ב

סימן ע"א על ר' שהיה חייב לש' ונתיירא ש' שמא
ישבור ר' עכב ביד הלוים שהיו חייבים
לר' שלא יפרעו לר' וע"י"ו גרם נזק לר' ובענוה זה
מעכב מלאת חובו לש'. בדנד דחייב בד"ש אי תפס
אי מפקינן מיניה שם דקב

סי' קל ע"ד ר' שאמר לש' בואו ונשתתף בעס'
ש' אצוריא ולעס' הנו' לר' ש"ג ואמר לו
ש' אינלי כ"כ מעו' פו' והלך ש' ומכ' את חפליו כדי
והשלים הסך ולול במכירתו וגם זלזל בקלת שהו' שהיו
לו בחנות ור' הביא לש' מקצת מהסך ולא הבי' ע"ד
ורוצה ש' לעכב המעות בעד מה שגרם לו היזק שמכר
את שהכשיטין והפסיד ש"ג והפסד מהשחו' והביא
מהב"ד סי' ק"ו שבוא כה"ג והשיב דפטור. והר' המח'
העלה שאין להוציא מת"י ש' מאי דתפס כו' דקע"ד

הלכות תפיסה

סי' קא ע"ד ר' שבא לבית ש' בעודו גוסס והתחיל
על שמת ש' ותו"ס תפס מנכסי ש' בט'
דש' חייב לו מע"פ. כל התופס בפני עדים אי
מצי טעין החזרתי שם

סי' לב ע"ד ר' שלקח ש"מ משו"ל ומשכ' חבו' א'
והעביר את יידיק החבו' בפנקס המוטיבי'
ע"ש ש' שכך התנו בניהם שו"ל וכבר פרע ר' לש' כל
חובו בשלימו' ולוי אמר לש' דיכתו' שפנקס המוטיב' ילי
כוא שלו כמו שהתנו ביניהם והודה לו ונפטר ש'
ובא לוי אצל בניו של ש' שיכתוב ע"ש בפנקס המוטי'
ובני ש' אינם רוצים לכ' מאחר דלהם נמי חייב ר'
ש"מ אם יכולים לתפוס דס"ז

ושייך לענין שבועה

סי' כא ע"ע יתומים שגדלו ונטלו כל וכו' מאפוט'
שלהם ולא חב' לו שו"ש ואח"ו תבעו לאפוט'
בב"ד שישבע להו שבו' אפוטרו' אי משבעי' והביא שא'
מן המורים רצה לו' שמשבעי' דמ"א ע"ב

סי' זק ע"ד ר' שמת ובאה האלמנה עם כל החפצי'
והתכשיטין לבית אביה ובא אביה ותפס
תכשיט א' בט' שחתנו היה חייב לו אי מהני התפיסה
יע"ש ד"ן ע"א

סי' סט ע"ד שבקשו לשלוח איש א' לא"י ובקשו
אופן לפרנס אותו האיש ועשו שבעה
פ' שלא יעשה שום אדם זולת ג' אנשים כו' ובע' עו"ה
נתחייבו בש"א לתת ש"מ לש' משב"ם ועשו שטר
שנתחייבו בש"א שלא לעשות העש' הנו' בתנאי
אם נותני' לו ג' גרו' לשבו' ובאו להזו' מאמו
שהם לא קיימו התנאי יע"ש דל"א ו

סי' ע"ה לענין בכור שנוטל פ"ש אי בכל הוצאו
השייכים למת אי חייב לתת פ"ש והעלו
שראשית הכל מוצי' הבולאות כו' ואח"כ נו' שבג
פ"ש דק

סי' ע"י על ר' שמת והניח מאשתו הא' ן' ואח'
מביתו שמתה בחיי ר' אביה וכו' כ
מאשתו הב' אם הבנות יורשות בלתי שבועה אל
אי אומרי' א"א מורים שבועה כו' והע' דפטור ן' הבנו
מכל וכל כו' מ"מ עשו פשר דבר דק"ה ע

תושלב"ע